

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA CAPACITÉ DE LA FEMME

SÉPARÉE DE BIENS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 21 décembre 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Maurice MALÉCOT

Lauréat de la Faculté

Président : M. PIÉDELIEVRE, professeur.

Suffragants : { MM. PERREAU, professeur.
WAHL, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

LA CAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 21 décembre 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Maurice MALÉCOT

Lauréat de la Faculté

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants : { MM. PERREAU, professeur.
WAHL, professeur.*



PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553017_0068

INTRODUCTION

L'étude du régime de séparation de biens est, on peut le dire, une question d'actualité; les théories séparatistes sont reçues aujourd'hui par les meilleurs auteurs; elles font partie du bagage littéraire des féministes et elles sont inscrites au programme des réformateurs du mariage. Des littérateurs, comme Paul Margueritte, y voient l'un des facteurs de l'amélioration de la situation sociale de la femme mariée. Ces auteurs pensent que la femme sous un régime matrimonial qui laisserait ses intérêts pécuniaires complètement séparés de ceux du mari serait beaucoup plus indépendante, trouverait là l'un des moyens de vivre en femme libre, au lieu de vivre « en esclave » comme la femme dont le régime matrimonial est le régime de communauté.

De ces réformistes ardents, il convient aussi de rapprocher ceux qui, plus modérés toutefois, réclamaient pour la femme mariée salariée l'indépendance

relative, la libre disposition de ses salaires et de ses économies. C'était une question de savoir, en admettant que l'on ait déclaré la femme même commune capable de disposer à son gré de ses gains et salaires, si l'on devait la regarder alors comme jouissant d'un pouvoir propre, *sui generis*, ne dérogeant pas aux règles de la communauté, ou si au contraire on devait regarder la femme comme séparée de biens en tant qu'elle opérerait sur ses gains et salaires; quelle serait alors sa responsabilité? Jusqu'où pourrait-elle s'engager? Que deviendrait la responsabilité du chef de la communauté?

Toutes ces questions ont été résolues dernièrement par les Chambres qui ont adopté la loi, devenue depuis « la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage ». Cette loi a adopté dans son ensemble les règles du régime de séparation de biens.

Aussi devient-il aujourd'hui très intéressant de connaître quelle est, d'après le Code, la capacité de la femme séparée de biens.

Indépendamment de ces deux questions : réforme du mariage et du régime matrimonial, droits de la femme mariée sur ses gains et salaires, l'étude de la capacité de la femme séparée de biens offre de plus en plus d'intérêts.

Le régime de séparation de biens se présente sous deux aspects : tantôt il est régime conventionnel,

adopté par les époux lors du mariage ; c'est un régime qui sera immuable et ne pourra recevoir aucune modification tant que le mariage durera (A. 1395, C. civil) ; tantôt aussi il est le régime subsidiaire, le régime des jours sombres, le remède suprême des grandes catastrophes ; c'est le régime de séparation de biens judiciaire. Ce dernier ne peut résulter que d'un jugement rendu pour motifs graves et avec une certaine publicité.

Avant 1893 le régime de séparation de biens avait encore une autre source dans la séparation de corps ; la femme séparée de corps n'était alors qu'une femme mariée séparée de biens, dispensée de la cohabitation, mais encore soumise à l'autorité maritale, à la différence de la femme divorcée. La loi du 6 février 1893, en supprimant la formalité inutile et vexatoire de l'autorisation maritale, a modifié cet état de choses : la femme séparée de corps a recouvré aujourd'hui sa pleine capacité civile et la séparation de corps n'est plus qu'un divorce « au petit pied ».

Il reste donc aujourd'hui la séparation contractuelle et la séparation judiciaire « principale ». Sans doute, comme régime contractuel, le régime de séparation de biens est rarement adopté ; il n'y a eu en 1898 que 2.128 contrats stipulant la séparation de biens, sur un total de 82.346 contrats faits dans le courant de l'année. C'est que ce régime est contraire en France à nos traditions : les régimes de l'ancienne

France étaient la communauté en pays coutumier et le régime dotal dans les pays de droit écrit. D'autre part, il est contraire à l'essence même du mariage qui est d'établir la communauté d'existence entre les époux : le mariage, en effet, disait Portalis « est la « société de l'homme et de la femme qui s'unissent « pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des « secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour « partager leur commune destinée. » Le régime de séparation de biens ne peut être que le régime nécessité par certaines conditions sociales différentes,

Il écarte en effet toute communauté et la loi a dû prévoir dans quelles proportions la femme contribuerait aux charges du ménage, quels pouvoirs cette femme aurait sur ses biens et comment fonctionnerait ici la puissance maritale.

Mais comme régime auxiliaire ce régime se trouve être d'un emploi de plus en plus fréquent : il devient le régime matrimonial subsidiaire des commerçants. La femme, en effet, à la veille des catastrophes qu'elle peut prévoir, n'hésite pas, d'accord même avec son époux, à demander la séparation judiciaire qui sauvera du désastre ses propres biens, biens qui seront peut-être dans l'avenir la fortune du ménage. De nos jours les applications en sont de plus en plus fréquentes : la spéculation ne connaît plus de bornes, la concurrence est très âpre et dans cette lutte pour la vie les plus faibles sont éliminés ; mais ces élimi-

nations sociales ne vont point sans de terribles répercussions sur les fortunes privées ; la fortune de la femme commune en biens est constamment menacée, d'où l'importance actuelle de la séparation de biens judiciaire.

A l'étranger la séparation de biens contractuelle proprement dite ne paraît pas gagner beaucoup de terrain, mais les idées séparatistes sont reçues et les réformes ont porté surtout sur les gains et salaires de la femme mariée (lois de Norvège, de Danemark, de Genève, Code civil allemand, etc.). En France, la réforme s'est fait attendre fort longtemps : la Chambre des députés avait voté quelque chose d'analogue aux lois norvégiennes le 27 février 1896, mais jamais ce projet ne fut examiné par le Sénat. Aussi les auteurs l'ont-ils refondu plusieurs fois et c'est un nouveau projet qui a été adopté sans discussion par les deux Chambres et est devenu en un an la loi du 13 juillet 1907.

Cette nouvelle loi est assez large : elle ne s'est pas occupée seulement du salaire proprement dit, mais encore des acquisitions réalisées par la femme avec ses économies, acquisitions que la loi soumet au régime de séparation de biens, de sorte que l'on pourra peut-être voir, à côté du régime légal de communauté, un régime légal de séparation de biens. Ce sera une indication, un champ d'expériences pour les réformes futures.

Le législateur était déjà entré un peu dans la voie de ces réformes, en autorisant la femme mariée, même commune, à se faire délivrer seule et sans l'assistance du mari un livret de Caisse d'épargne, et à placer et déplacer librement ses fonds.

Quoi qu'il en soit, ces réformes, aux yeux des féministes, sont encore insuffisantes. On demande l'adoption du régime de séparation de biens comme régime légal ; aussi indépendamment des questions de principe qui militent en faveur de ce régime ou s'opposent à son adoption comme régime légal, est-il intéressant d'en connaître le fonctionnement actuel et de voir s'il présente réellement les avantages de sécurité, de liberté et d'indépendance de la femme, qu'on se plaît à lui attribuer. On travaille dès maintenant à la refonte du Code civil, et il est certain que sous l'influence des idées modernes la loi nouvelle, si elle ne reconnaît pas le régime de séparation de biens comme régime matrimonial légal, donnera à la femme mariée le pouvoir d'agir comme séparée de biens dans des cas nombreux : le changement des mœurs l'impose.

On ne peut pas nier l'évolution qui s'est accomplie dans nos mœurs : la jeune fille moderne n'est plus la simple et naïve jeune fille d'autan qui attendait un mari en apprenant à filer ou à tenir une aiguille et :

« A connaître un pourpoint d'avec un haut de chausse. »

Dans les classes supérieures la femme du xx^e siècle

elle s'instruit : elle est au niveau de l'homme et encore bien des fois voudrait-elle le dépasser. Elle veut désormais être dans le ménage une associée, mais associée active : elle est lasse de tenir ce rôle passif que lui attribue notre vieux Code dans le régime communautaire. Aussi, si ce n'est pas un régime séparatiste qui, dans l'avenir, doit devenir le régime de droit commun des ménages français, ce sera en tout cas un régime où la femme aura un rôle égal à celui du mari, où elle aura des droits, fera acte de femme libre et sa capacité se rapprochera considérablement de celle d'une femme séparée de biens.

Et dans les classes de travailleurs, la femme, l'habitude en est prise, ne reste plus à la maison : la femme de l'ouvrier est ouvrière ; elle va à la fabrique, à l'usine ; elle fait des ménages, etc. Elle a un salaire propre, et il était de plus en plus urgent de lui attribuer la propriété ou au moins la libre administration de ses biens, parce qu'ils proviennent de ses salaires.

En ce qui concerne cette dernière, la loi du 13 juillet 1907 semble lui avoir donné satisfaction ; néanmoins l'adoption comme régime légal d'un régime autre que la communauté actuelle serait encore plus justé. Car, à supposer que la femme salariée ait des parents qui aient fait quelques économies, dont elle hérite, ne serait-ce que quelques

billets de 100 francs, le produit d'un livret de caisse d'épargne, le régime actuel en transportera la propriété à la communauté; le mari aura le droit de gaspiller ces quelques billets, sans que la femme puisse l'en empêcher. Il faut que le nouveau régime légal permette à la femme, dans un cas semblable, de s'opposer à ce que le mari touche cet humble héritage; il faut qu'elle puisse dire au notaire : je veux que cette petite fortune soit placée de telle ou telle façon, pour la conserver et la retrouver aux mauvais jours.

• •

Au point de vue historique l'étude de la capacité de la femme séparée de biens est intimement liée à l'étude de la capacité de la femme, l'une et l'autre font corps. On s'aperçoit, en étudiant le droit romain, que la femme dotale de l'Empire avait acquis pour l'administration de ses paraphernaux une capacité considérable, qu'elle n'était plus incapable, d'autant que la jurisprudence prétorienne avait bien su la débarrasser de son tuteur et de tout le vieux système de protection qui gênait la femme dans tous ses actes. Si nous passons en Gaule, à l'époque des Rois francs, c'est l'incapacité qui reparait avec l'idée de mainbournie, de mundium marital ; incapacité que nous connaissons d'ailleurs assez mal et qui, comme nous le verrons au cours de cette étude, a peut-être

été exagérée par l'histoire. La renaissance du droit romain devait, semble-t-il, amener une réaction contre cette incapacité de la femme mariée, car le droit romain n'a pas connu l'autorité maritale. Malheureusement les interprètes, les juristes, ont été chercher dans le Digeste des idées tout à fait étrangères aux jurisconsultes classiques et qui ont entraîné la restriction de la capacité de la femme mariée en raison de sa *levitas animi* ou de la *fragilitas sexus*. Le ^{xvii}^e et le ^{xviii}^e siècle ont ensuite élaboré les règles qui devaient régir désormais la capacité de la femme séparée de biens. La Révolution, pas plus que le premier Empire n'ont eu de grandes influences sur ce régime. Tout au plus peut-on noter mais ceci s'adresse à la capacité de la femme mariée en général, que sous l'influence personnelle de Napoléon, le Code s'est montré très restrictif sur les pouvoirs de la femme.

Depuis, nos tribunaux ont fait quelques efforts pour interpréter les textes ; ils ne sont cependant pas arrivés à en élargir l'application ; bien plus nous verrons que dans un cas particulier, ils ont, au dire d'une certaine doctrine, plutôt restreint la capacité de la femme mariée séparée de biens, telle que le Code semblait avoir voulu l'établir.

En France, en effet, le principe que domine toute la matière des régimes matrimoniaux, c'est celui de l'incapacité de la femme mariée de s'obliger, quel

que soit le régime matrimonial, sans l'autorisation de son mari ou de justice. La femme française est incapable en raison, non de son sexe, mais de son mariage, de sa dépendance vis-à-vis de son époux et, suivant son régime contraetuel, elle est plus ou moins capable de faire les actes que le droit commun lui permet de faire.

Le régime de séparation de biens est un régime dans lequel les deux époux ne mettent rien en commun, ni apports, ni gains, ni quoi que ce soit. Chacun pour soi, telle est la règle. La femme conserve non seulement la pleine propriété de ses biens, mais encore, elle en a la jouissance ; le mari n'a aucun droit sur les biens de sa femme. Quelle différence avec le régime de communauté légale dans lequel il est administrateur et usufruitier des biens de sa femme, seigneur et maître des biens communs.

Mais aussi quelle simplicité de comptes en comparaison des liquidations embrouillées et compliquées qui sont la conséquence de la dissolution de certaines communautés. On a dit plus haut que la communauté était le régime le plus conforme à l'idée moderne du mariage et que la séparation de biens n'était pas naturelle. D'autre part la communauté était le régime des peuples commerçants ; c'est chez eux qu'elle s'est développée au moyen âge ; en Flandre, en Hollande elle s'est tellement développée qu'elle y est devenue universelle. Mais les consé-

quences, à la dissolution de la communauté, sont graves. Pour remplir l'époux survivant de ses reprises, pour satisfaire aux droits des héritiers, il faut vendre des biens impartagables ; ce qui est plus grave, c'est parfois un fonds de commerce qu'il faut mettre aux enchères, parce qu'il était peut-être l'unique ou la principale richesse du ménage. D'où des frais, d'où des mécontentements. Enfin le régime de communauté est souvent injuste. Voici des gens qui se marient sans fortune et sans contrat : puis une riche succession mobilière advient à l'un des époux, à l'autre une succession immobilière ; le premier sera obligé de tout partager, le second gardera tout pour lui. On reproche encore à la communauté de donner au mari des pouvoirs excessifs sur les biens de sa femme, même sur ses gains. On cherche aujourd'hui à atténuer ces pouvoirs, mais, comme le dit M. Planiol « ces restrictions à la libre disposition
« de leur fortune amèneront peut-être un grand
« nombre de maris à préférer le régime de sépa-
« ration, où l'absence de toute communauté serait
« compensée par des dons mutuels ou tout au moins
« par les droits successoraux du conjoint survivant. »
Avec la séparation de biens plus de compte « biens propres », « biens communs », plus de reprises, plus de récompenses, point de ces budgets difficiles à établir, mais deux comptes bien distincts, sans confusion possible : biens de la femme

biens du mari. Tout au plus pourra-t-on trouver quelques difficultés pour le mobilier des époux qui pourra se trouver confondu, mais un simple inventaire suffira pour retrouver ce qui appartient à chacun. Cependant comme le mariage est une société, et que dans toute société il doit y avoir un apport commun, il a bien fallu prévoir comment la femme contribuerait aux charges du ménage. Aussi la loi prend-elle soin de dire, qu'à défaut de stipulations spéciales, la femme sera tenue de supporter les dépenses communes, jusqu'à concurrence d'un tiers de ses revenus. Mais, lorsqu'elle aura acquitté cette dette elle aura rempli tous ses devoirs vis-à-vis du mari. Celui-ci ne pourra rien lui réclamer.

Toutefois comme elle est femme mariée, elle est dans une certaine dépendance vis-à-vis du mari ; la loi n'a pas voulu qu'elle puisse disposer librement de ses biens. Elle a craint un mauvais usage : elle a voulu que la femme fut économe, qu'elle ne gaspillât point ses revenus, qu'elle ne pût point par ses aliénations successives se rendre plus pauvre et par suite rendre vaine son obligation de contribuer aux dépenses ménagères. De là s'est établi le régime spécial qui crée la capacité de la femme séparée de biens. La loi définit ses pouvoirs dans deux séries de textes, les articles 1448 et suivants pour la séparation de biens judiciaire ; les articles 1536 et suivants pour la séparation de biens contractuelle. Mais les

articles 1449 et 1536 s'expriment en des termes quelque peu différents. L'article 1439, alinéa 1, dit en effet : « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement en reprend *la libre administration* », et l'article 1536 : « Lorsque les deux époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve *l'entière administration* de ses biens meubles et immeubles et la jouissance libre de ses revenus. » Libre administration, dit le premier texte; entière administration reprend le second; le Code avait déjà dit dans l'article 481, à propos du mineur émancipé : « Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera pas neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de *pure administration*, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. »

Nous aurons à rapprocher ces différents termes et à rechercher à quelle source le législateur les a puisés, comment et quand ils sont apparus; nous verrons ensuite que la femme séparée est incapable d'aliéner ses immeubles sans autorisation; qu'elle a sur ses meubles des pouvoirs plus étendus et que nous déterminerons. Nous rechercherons ensuite si ses pouvoirs de s'obliger sont en harmonie avec ses pouvoirs d'administration. Nous verrons enfin sa capacité réduite à néant en matière d'actions, car la

femme séparée de biens comme toute femme mariée est incapable d'ester en justice, à l'exception toutefois de la femme séparée de corps.

Ce court exposé indique la nécessité pour nous d'adopter un plan historique.

Nous étudierons dans une première partie quelle était la capacité de la femme dotale en droit romain en ce qui concernait ses paraphernaux. C'est la seule source que nous fournit le droit romain en cette matière, sauf encore à examiner rapidement si les jurisconsultes romains n'ont pas connu une sorte de séparation de biens.

Nous étudierons dans l'ancien droit la formation de la théorie de la capacité de la femme mariée séparée de biens et nous tâcherons de montrer ce qu'elle était à l'époque d'Argou et de Pothier.

Après cet exposé historique nous aborderons l'exposé des doctrines modernes, nous plaçant exclusivement au point de vue du cas le plus général, celui où la séparation de biens succède à un régime communautaire ou est adoptée comme régime initial, indépendamment de toute stipulation de dotalité.

Nous nous poserons enfin et dans une dernière partie cette question : ce régime devrait-il être le régime de droit commun ? A ce sujet nous pourrions le rapprocher des régimes étrangers et montrer dans certaines lois l'influence des idées séparatistes. Nous verrons quel est le régime nouveau qui va résulter

de la nouvelle loi du 13 juillet 1907 sur les salaires de la femme; nous essaierons de montrer qu'elle est l'introduction dans un régime de communauté légale ou conventionnelle d'un régime légal de séparation de biens.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT ROMAIN

En matière de séparation de biens, le droit romain, le guide habituel des historiens du droit, fait à peu près défaut. Cela tient à l'existence d'institutions différentes des nôtres et que justifie également une différence dans les mœurs. Il n'est cependant pas sans intérêt au point de vue historique de rapprocher ces institutions des nôtres, et de voir quels sont les points de ressemblance.

Le régime matrimonial des Romains a été de tous temps, le régime dotal, et il est à peu près certain qu'il n'en ont pas connu d'autre ; seulement il est intéressant de se demander s'il n'y a pas eu à Rome, comme aujourd'hui en France, des biens échappant aux règles de la loi de dotalité dont la femme ait eu l'administration. En second lieu n'est-il pas possible de concevoir qu'il ait existé, en dépit de la règle : *dotis causa perpetua est*, un régime de protection

quelconque, permettant de sauvegarder les droits de la femme dont le mari gaspillait le patrimoine.

L'ANCIEN DROIT.

En premier lieu dans la période qu'on est convenu d'appeler l'Ancien Droit, le mariage ne pouvait se concevoir sans l'existence de la dot ; celle-ci sert à le distinguer du concubinat (Plaut. Trin.2.63), mais, d'autre part, il y a lieu de faire une distinction, au point de vue de la manus, cette puissance dominicale du paterfamilias, sur sa femme ou celle de ses enfants.

Admet-on avec M. Cuq (Inst. Jurid. Rom. *Anc. Dr.* I, p. 206) que dès les temps les plus reculés le mariage pouvait se faire *cum manu* ou *sine manu* une sous-distinction est nécessaire.

a) Le mariage avait-il lieu *cum manu*, la femme était sous la puissance de son mari ou du père de son mari et tous ses biens appartenaient à celui-ci, même si ces biens lui avaient été donnés en dot par son père lors du mariage, pour l'indemniser en quelque sorte des biens qu'elle perdait en sortant de sa famille naturelle.

b) Au contraire le mariage avait-il lieu *sine manu*, tous les biens de la femme restaient la propriété de son paterfamilias et ne pouvaient appartenir à son

mari ; mais ici, il était juste que la femme participât aux dépenses du ménage et le seul moyen était une constitution de dot faite par son paterfamilias.

Ces difficultés tombent d'elles-mêmes si on admet avec M. Girard (*Dr. Rom.* p. 141) et beaucoup d'auteurs que les mariages *sine manu* étaient inconnus à cette époque, que la femme était toujours *in manu*, et que, n'ayant aucun bien à elle, tous ses biens appartenaient à son mari ou au paterfamilias de celui-ci.

DROIT CLASSIQUE ET BAS-EMPIRE.

En droit classique et au Bas-Empire, la question est intéressante : tous les auteurs sont d'accord pour admettre la co-existence de deux catégories de mariages : les mariages *cum manu* et les mariages *sine manu*, mais à cette époque le mariage *sine manu* était tellement dans les habitudes qu'il finit par remplacer l'autre mode. N'étant plus sous la puissance du mari, la femme put se trouver n'être sous la puissance de personne, être *sui juris* et par conséquent avoir des biens propres. De là aussi l'existence possible de deux catégories de biens : biens dotaux entre les mains du mari et dont le sort ne saurait nous intéresser et biens extradotaux ou paraphernaux (1).

1. Dans tout ce qui va suivre nous supposerons une femme *sui juris*.

LES PARAPHERNAUX

Ce mot de « paraphernaux » vient du grec ; les Romains l'appellent de noms divers : *peculium*, *bona recepticia*, etc. *Quæ Græci παραφερνα dicunt, quæque Galli peculium appellant*, dit Ulpien (31 ad Sab. D. XXIII. III. 9. § 3).

En ce qui concerne ce *peculium*, ces *bona recepticia* nous nous trouvons en face d'une situation analogue à celle de la femme française : les biens paraphernaux en France sont soumis au régime de séparation de biens ; quel était leur sort à Rome ?

Rappelons que la femme mariée *sine manu* n'était pas incapable : l'incapacité de la femme mariée était inconnue à Rome, et cela tenait à ce que les Romains ne connaissent pas ce que nous appelons la puissance maritale. Il en résultait que légalement deux époux pouvaient se traiter comme des étrangers ; la jurisprudence romaine, et surtout le Préteur avaient réagi contre ce système plein d'inconvénients. Ils avaient ainsi établi des devoirs réciproques entre époux. Au point de vue civil, cette absence de réglementation devait entraîner la liberté des contrats, mais ici la loi était intervenue pour protéger la femme faible qu'un mari aurait pu entraîner à la ruine. La

femme romaine, il est vrai, était protégée par deux autres institutions : la tutelle des femmes pubères et la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans ; mais la première, à notre époque, était bien en désuétude et la seconde ne protégeait que les femmes de moins de vingt-cinq ans ; or l'ascendant moral plus ou moins bon, qu'un mari peut exercer sur sa femme, est possible sur des femmes plus âgées ; il était donc utile de chercher des correctifs.

Que pouvait donc faire une femme romaine de ses paraphernaux ? Les administrer, les aliéner, les engager par ses obligations. Sur ces trois points l'usage restreignit les pouvoirs des femmes, et ainsi petit à petit créa un régime de capacité moindre (expression d'ailleurs inconnue à Rome), et qu'il est très intéressant de rapprocher du régime français.

ACTES D'ADMINISTRATION. — La femme romaine *sui juris* pouvait administrer librement ses biens paraphernaux, puisqu'elle était propriétaire et capable. S'agissait-il de champs, elle pouvait les faire cultiver et en percevoir les fruits ; s'agissait-il de maisons, elle pouvait les louer et toucher les loyers ; s'agissait-il d'esclaves, elle pouvait retirer tous profits de leur travail ; le mari n'avait pas à s'en occuper.

Mais en fait ce n'était pas ce qui se passait, la femme confiait ce soin d'administrer au mari parce que celui-ci est naturellement plus apte. Ulpien au Digeste (XXIII, III, 9, § 3) nous fait voir que c'était

un fait fréquent (1), et même il était habituel que la femme transférât la propriété de ses biens paraphernaux à son mari; elle n'avait plus qu'une créance contre lui, sanctionnée par une *condictio*. (*Et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti.*) Le même auteur nous apprend qu'il était d'usage à Rome de dresser un état des biens paraphernaux de la femme : *libellus rerum*; qu'est-ce autre chose qu'un inventaire? Et le jurisconsulte pense même que, si la femme s'est contentée de faire apposer par son mari sa signature au bas de l'acte sans lui transférer la propriété des choses, celles-ci restent sa propriété propre : « *Hæ igitur res, an mariti fiant, videamus; et non puto; non quod non in traduntur; quid enim interest, inferantur volente eo ei domum ejus, an ei tradantur? Sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis, ut certum sit in domum ejus illata, ne si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam eorum, maritus repromittit nisi mulieri commissæ sint.* »

Ainsi cet écrit (*libellus, chirographum*) servait à prouver l'apport par la femme de ses propres biens

1. C'était une habitude assez ancienne; la *laudatio Turisë* (Girard, Textes, p. 779) parle déjà de biens de la femme confiés au mari. « *Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meæ custodiam sustineris.* »

dans la maison de son mari, afin que ce dernier ne soutînt pas le contraire. En revanche le mari promettait d'en prendre soin (*custodiam repromittere*). L'usage, on le voit, tendait à placer tous les biens de la femme sous une même main, afin qu'il n'y eût qu'une seule administration. Reprenant les exemples ci-dessus cités, nous dirons que dans ce cas le mari aura l'usage de ces biens, qu'il pourra en percevoir les fruits, toucher les loyers et tirer tous profits.

Mais, on le voit, ce n'était pas de l'essence du régime dotal : la séparation de biens était de droit ; et ceci est confirmé par un texte que nous trouvons au Code (livre V, titre XIV), *De pactis conventis* ; c'est une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, en date du 14 des Kalendes de l'an 294, loi 8. Les empereurs disent nettement que les biens paraphernaux ne peuvent être soumis à la jouissance du mari (*communio*), ni à aucune autre gêne (*necessitas*) ; quand même ce serait l'usage, ils défendent au mari de s'immiscer dans l'administration des paraphernaux. Seulement, on ne peut le nier, l'usage s'était répandu de plus en plus de constituer tous les biens en dot, ou au moins de confier l'administration des paraphernaux au mari. Cet usage s'était généralisé sous l'influence des doctrines chrétiennes : les Pères de l'Église enseignaient que les époux devaient mettre tous leurs biens en commun. Sous cette influence un décret de Constantin avait même auto-

risé un mari à aliéner les immeubles de sa femme mineure de 25 ans (C. Th. III. 1.3); mais l'empereur Julien supprima cette dérogation. « L'administration par le mari, dit M. Cuq, devait conduire à la jouissance en commun des paraphernaux. Obliger le mari à rendre compte des fruits perçus et consommés pour les besoins du ménage eût donné lieu à des règlements de compte inextricables. Valentinien III refuse à la veuve le droit de réclamer les fruits de ses paraphernaux : cette prétention lui paraît inconvenante à l'égard des enfants communs héritiers de leur père. »

Il est possible que cette règle n'ait pas été suivie en Occident. Une loi 11 au titre *De pactis* nous montre que, lorsque la femme confiait l'administration de ses biens paraphernaux au mari, elle pouvait exiger des sûretés, une hypothèque par exemple ; le texte le dit : *Et si quidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim a marito scriptæ sint his esse mulierem ad cautelam suam contentam.* » Le même texte nous apprend que ces écrits, qui pouvaient en même temps régler le régime dotal (c'étaient de véritables contrats de mariage), pouvaient également établir les règles de l'administration des paraphernaux et confier au mari l'exercice des actions directes ou utiles. Enfin l'empereur décide que, si le mari est négligent et que la femme subisse quelque préjudice, celui-ci sera tenu de réparer le dommage sur ses

biens propres. (*Ipse eandem de proprio resarcire compelletur*, C. V. XIV, 11.)

ACTES D'ALIÉNATION. — La femme romaine *sui juris* pouvait aliéner librement ses paraphernaux puisqu'il n'existait aucune incapacité ; toutefois il faut tenir compte de deux restrictions spéciales. La première disparut à la fin de l'époque classique : la femme romaine *sui juris* était pourvue d'un tuteur, qui devait lui donner son *auctoritas*, quand elle voulait aliéner, et encore seulement pour l'aliénation des *res Mancipi*, c'est-à-dire ces biens qui ont été longtemps considérés comme les plus précieux. Gaius dans ses *Institutes* (I. 44) nous dit en effet que la tutelle des femmes dure même pendant leur mariage : *Et tum quoque, cum nuptæ sint, veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutelam esse*. Et plus loin au commentaire deuxième § 80 : *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse*.

Mais cette prohibition était une gêne moins considérable qu'on ne pourrait le croire ; car à l'époque de Gaius les *res Mancipi* n'étaient plus les seules choses précieuses. Notons en outre : 1° qu'à cette époque le père de famille pouvait, dans son testament, laisser à la femme le droit de choisir son tuteur, et celle-ci pouvait dans certains cas (*optio plena*) le choisir plusieurs fois de suite ; 2° que les lois caducaires

avaient exempté de la tutelle les femmes ingénues qui avaient trois enfants, les femmes affranchies qui en avaient quatre.

Enfin la tutelle des agnats avait été supprimée par la loi Claudia ; la pratique avait inventé des tuteurs fiduciaires prêts à donner tout consentement à la femme, si bien que Cicéron nous dit que ce n'est pas la femme qui est en tutelle, mais le tuteur qui est sous la puissance des femmes. (Pr. Murena 12.)

Il y avait également un autre acte d'aliénation qui avait été impossible à la femme pubère, c'était l'usucapion par un tiers de ses *res Mancipi*, mais cette règle, sur l'étendue de laquelle il y a de fortes controverses, était en désuétude au temps de Gaïus.

Si la tutelle des femmes pubères n'était plus qu'un vain mot, la pratique créa pour la remplacer, mais seulement pour les femmes mineures de vingt-cinq ans une institution de protection nouvelle : la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans qui fut applicable aux femmes comme aux hommes. Ce curateur devait dans certains cas donner son *consensus* pour rendre valable vis-à-vis des tiers l'obligation contractée par le mineur de vingt-cinq ans et cette règle fut applicable aussi bien à la femme mariée qu'à la jeune fille.

Indépendamment de ces particularités, il y avait encore prohibition pour la femme mariée de faire une donation à son mari : seulement la prohibition n'était pas spéciale à la femme ; c'était une incapa-

citée réciproque des deux époux. On avait craint, dit Ulpien (D. XXIV.I.1. Pr.), « que les époux ne se dépouillent au profit l'un de l'autre sous l'influence d'un amour aveugle ».

OBLIGATIONS. — Arrivons aux actes d'obligation. La femme *sui juris* même mariée pouvait s'obliger et engager ses paraphernaux librement. Gaïus nous dit même que la femme pouvait s'obliger sans l'*auctoritas* de son tuteur (II § 81) : *Ideoque si quando mulier mutuum pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum silicet res nec mancipi sit, contrahit obligationem.*

Les divers modes d'obligations ont été en général accessibles aux femmes. Rappelons seulement qu'elles avaient été déclarées incapables de faire une *acceptilatio*, une adition d'hérédité, un affranchissement, une constitution de dot, sans l'*auctoritas* de leur tuteur. Pendant la période classique apparut une nouvelle incapacité : l'incapacité pour la femme d'intercéder pour autrui, qui a donné lieu à une théorie célèbre et, qui a été fort utilisée par notre ancien droit français. L'intercession est un engagement pris pour la dette d'autrui. Or il y avait quelqu'un pour lequel la femme devait être tout naturellement tentée d'intercéder, quand elle était riche, c'était son mari. Deux empereurs : Auguste, puis Claude, jugeant que c'était là un danger public prohibèrent cette intercession faite en faveur du mari (Ulp. D. XXI. 1.

Pr.) La jurisprudence avait essayé ensuite d'étendre cette incapacité à toutes les femmes ; elle n'avait pu réussir ; c'est alors que sous le règne du même empereur Claude (an 46 ap. J.-C.) intervint un *Senatus-consulte* connu sous le nom de *Senatus-consulte Velléen* qui interdit aux femmes d'intercéder pour autrui. Sous le règne de Justinien, la séparation entre l'intercession pour le mari et l'intercession pour autrui apparut à nouveau : l'intercession de la femme pour le mari fut toujours frappée de nullité absolue, tandis que l'intercession pour autrui put dans certains cas être validée ou ratifiée, cas d'ailleurs assez peu nombreux mais qui furent le point de départ des renonciations si usitées dans l'ancienne France, qu'elles y devinrent de style.

En résumé nous voyons qu'à Rome, s'il pouvait exister des biens paraphernaux, il n'y avait pas pour la femme qui les possédait un régime de capacité spéciale comme nous en connaissons un dans le Code civil. La femme romaine *sui juris* se conduisait un peu comme une femme non mariée et son rôle social, à une époque où l'argent était devenu nécessaire pour arriver aux charges publiques, pouvait être fort important quand elle avait des capitaux. C'est cette considération qui a fait dire à une doctrine moderne que là est la cause de l'incapacité velléienne, l'intercession ayant été considérée comme une des catégories d'actes figurant à la liste des *officia virilia*.

Mesures de protection.

La seconde des questions que nous nous sommes proposé d'examiner au sujet du régime dotal est beaucoup plus intéressante ; on peut la poser ainsi : a-t-il existé à Rome un régime de séparation de biens ?

Il est bien entendu que le régime normal des Romains était le régime dotal, que ceux-ci n'ont pas connu, comme nous, des variétés multiples du régime matrimonial. Et cependant, pour qui admet que le mariage *sine manu* remonte assez loin dans l'antiquité, il est permis de se demander s'il n'y avait pas un régime autre que le régime dotal. En effet le régime dotal suppose une dot : la dot, il est vrai, était d'ordinaire constituée à la jeune fille qui se mariait, soit par son père, soit par des parents, soit par des amis ; elle-même, si elle était *sui juris*, pouvait se constituer ses propres biens en dot. Cependant il n'y avait eu, avant les empereurs, aucune obligation pour le paterfamilias de doter sa fille, et l'on peut bien supposer l'existence de mariages sans dot. Pour ces unions, lorsque la femme devenait *sui juris*, lorsqu'elle acquérait en même temps quelques biens, quel régime devait-on suivre, sinon un régime de séparation de biens, dans lequel chaque époux agissait comme complètement séparé d'intérêts. Et dans ce sens ne pourrait-on pas invoquer

ce texte dans lequel Papinien nous dit : « *Neque enim tabulas facere matrimonium* » (D. XXXIX, V. 31 Pr.); or quand il n'y avait pas de *tabulæ*, il n'y avait pas de constitution de dot, puisque celle-ci était toujours constatée par ces *tabulæ* ; dans ce cas quel pouvait être le régime, sinon un régime de séparation de biens ?

Mais il faut avouer que les textes ne sont guère favorables à cette opinion, ou plutôt ils sont complètement muets sur la question. Aussi est-il plus intéressant de rechercher si la séparation de biens n'a pas existé à Rome comme remède à un état dangereux pour la dot de la femme, selon la formule des textes : *propter inopiam mariti*.

Restitutions dotales « propter inopiam mariti ». — Il semble bien que l'on peut discerner au travers des textes très touffus et assez obscurs, que l'évolution du droit a été vers l'établissement d'un régime auxiliaire analogue au nôtre et qui a été l'origine des systèmes modernes.

Cette proposition paraît toutefois être en contradiction avec cette règle bien connue : *dotis causa perpetua est*. Il était en effet admis à Rome, et ce point est confirmé par tous les romanistes, qu'une fois la dot constituée, elle ne pouvait être ni augmentée, ni diminuée, ni restituée par le mari, ni redemandée par la femme. A ces deux règles deux

catégories d'exceptions furent peu à peu établies (1). Il fut bientôt admis que la femme si elle était *sui juris*, ou son père, quand elle était *alieni juris*, pourrait réclamer la dot mise en péril par le mari.

Cette innovation ne peut dater que d'une époque relativement récente : car nous savons que pendant plus de cinq siècles on ne vit jamais un mari restituer la dot de sa femme ; ce n'est que lorsque le divorce eut été introduit à Rome, qu'il ne fut plus regardé avec défaveur que l'on songea à sauvegarder les droits de la femme. Il est alors possible que les jurisconsultes aient conçu la théorie de la dot d'une manière nouvelle, qu'ils ne l'aient plus considérée comme devant rester d'une façon irrévocable entre les mains du mari. Graduellement on en est venu à l'idée de protéger les biens de la femme ; on n'a plus voulu laisser le mari à même de gaspiller librement le patrimoine de l'épouse. Mais c'étaient là des innovations hardies qui étaient incompatibles avec le rigorisme du droit romain dans toute sa pureté. Il a fallu, avant que ces solutions aient pu être acceptées, que des siècles s'écoulaient et que plusieurs générations de jurisconsultes aient longuement préparé le terrain sur lequel devaient germer ces idées neuves.

Le premier texte qui nous parle d'une restitution

1. PELLAT. *Textes sur la dot*. Théories GLÜCK et FRANCKE.

anticipée de la dot est un texte d'Ulpien (D. XXIV, III, 24 Pr.) ; or ce jurisconsulte est du III^e siècle de notre ère ; c'est l'époque brillante du droit classique, mais c'est aussi l'époque où le droit romain a produit ce qu'il pouvait produire ; après les jurisconsultes de cette époque le droit romain ; on peut le dire, était en pleine décadence. La solution que donne Ulpien est peut-être son œuvre ; il pose la question sous forme d'interrogation : « Et si, durant le mariage, la femme veut intenter l'action en restitution de dot, à cause de la détresse de son mari, est-ce que nous commencerons par lui accorder cette action ? » Sa réponse est catégorique : « Et il est certain que l'action de dot lui appartient par ce fait qu'il est démontré d'une façon évidente, que les ressources du mari ne pourront suffire à la remplir de sa dot. » Ce texte faisait partie du trente-troisième livre des commentaires de l'Édit ; par certains paragraphes rapportés au même titre du Digeste nous pouvons retrouver quel a été l'enchaînement des idées. Le jurisconsulte partait de solutions certaines, dans lesquelles la dot devait être rendue à la femme ; puis il arrivait aux innovations. C'est ainsi que dans le paragraphe 8 de la loi 22 au même titre il examinait une solution qui se rapproche un peu de la nôtre : un mari a une femme complètement folle, et par calcul d'intérêt il ne veut pas rompre le mariage, mais ne s'occupe nullement de faire soigner son

épouse; il ne pense qu'à dilapider les deniers dotaux; le jurisconsulte donne l'action en restitution au curateur, aux parents proches, etc. Ce serait donc une idée nouvelle qui se serait fait jour : la dot doit être sauvée même dans les mains du mari, *reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere* (Paul. D. XXIII, III. 2.) ; ce serait déjà une atteinte aux principes anciens sur la dot : le mari en est toujours propriétaire, mais il ne doit pas en mésuser ; la dot, en effet, doit rester intacte dans l'intérêt commun, dans l'intérêt du ménage. La dot est faite pour garantir à la femme un rang suffisamment digne dans la maison du mari, pour aider ce dernier à assurer ce rang à la femme ; mais si l'homme détourne les biens de leur destination, s'il risque de compromettre la situation financière des époux et par suite leur rang social, on considère la femme comme lésée dans ses droits, et voilà pourquoi notre jurisconsulte, et peut-être, avant lui déjà, les prêteurs lui conféraient le droit d'agir. Seulement au cas de dot réceptice (dot constituée par un tiers avec une convention de restitution établie par stipulation), il ne semble pas possible que la femme ait eu le même droit. L'action qui sanctionnait le devoir de restituer était, dans ce cas, une action de droit strict *ex stipulatu* ; elle ne pouvait compéter qu'au stipulant et encore fallait-il que la condition de prédécès de la femme se réalisât. Dans les deux autres cas (dot pro-

fectice, dot adventice) l'action en restitution restait possible même pendant le mariage. Elle compétait dans un cas au père de la femme, et dans l'autre à la femme elle-même.

Quelle était cette action ? Ce ne pouvait être l'action *rei uxoriæ* ordinaire ; mais une action modifiée.

Les préteurs romains, on le sait, eurent recours à des procédés différents pour adapter les actions existantes à des solutions pour lesquelles elles n'étaient point faites. Telle fut la célèbre théorie des actions fictices, dans lesquelles on supposait réalisée une chose qui ne l'était pas : le préteur insérait dans l'*intentio* une petite phrase qui invitait le juge à supposer réalisées certaines conditions qui ne l'étaient pas (*Si heres esset*). Il a dû en être de même en matière de restitution anticipée de la dot ; le magistrat devait dire au juge : supposez que le divorce ait été prononcé entre les époux (*Si inter Seius et Seïam divortium esset*). Il semble bien que cette hypothèse puisse être confirmée par un texte inséré au Code (*De jure dotium* loi 30 *in fine*) dans lequel il est question de « *fictum divortium* » (1). Par là apparaissent aussi les lignes de cette procédure qui peut être considérée comme le premier exemple d'une procédure de séparation de biens. Elle se divisait en deux parties :

1. En se sens système FRANCKE rapporté par PELLAT. *Textes sur la dot*, 2^e édit., p. 357.

La femme allait sans doute trouver le prêteur et lui exposait ses craintes, les dangers que courait sa dot. Mais celui-ci ne devait lui donner l'action fictive que lorsque ces dangers étaient très réels ; notre jurisconsulte Ulpien, en effet, emploie un terme très énergique : *ex quo evidentissime apparuerit*. Il faut donc un péril visible et très évident ; quand ces conditions étaient réalisées le magistrat se décidait à donner à la femme contre son mari une action « *quasi ficto divortio* ». La femme se rendait alors devant le juge et là entamait la procédure ordinaire de restitution de dot.

L'effet de l'exercice de cette action devait être la condamnation du mari à restituer tout ce qu'il avait reçu à titre de dot conformément aux pactes dotaux, ou à défaut de restitution à payer une somme équivalente. Il est probable que dans ce cas les restitutions devaient se faire immédiatement, que le mari devait rendre les biens dans l'état où ils étaient. La femme devait ensuite reprendre l'administration de sa dot (si elle était *sui juris*) et elle devait avoir sur ses biens dotaux les mêmes pouvoirs que sur ses paraphernaux, puisqu'il n'existait pas à Rome une inaliénabilité dotale créant une incapacité de la femme, et que l'inaliénabilité créée par la loi Julia n'était dirigée que contre le mari. Cette opinion est confirmée par les textes des jurisconsultes classiques qui font apparaître le droit de la femme sur sa dot ;

Tryphoninus même est plus catégorique : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* (D. XXIII. III. 75).

Tels sont les seuls textes que nous ayons en droit classique : voyons quelles sont les modifications qui furent introduites par la législation justinienne.

ÉTAT DU DROIT A L'AVÈNEMENT DE JUSTINIEN. — Pendant la période byzantine nous retrouvons d'abord les mêmes règles ; le texte d'Ulpien a été inséré au Digeste, parce qu'il était l'écho du droit en vigueur. La femme avait donc le droit de réclamer en justice sa dot pour insolvabilité du mari. La seule différence tenait sans doute au changement de procédure : le magistrat jugeant lui-même, il est probable que l'action *rei uxoriæ* était intentée directement ; la demanderesse devait insérer quelque clause explicative dans sa requête ; et le juge tranchait à la fois les deux questions : y a-t-il lieu à restitution de dot ? Que doit-il être restitué ? Ce droit de demander une restitution anticipée de la dot, Justinien l'a confirmé plusieurs fois ; nous avons notamment en 539 une constitution où il nous dit : Nous avons donné aux femmes même pendant le mariage le droit de reprendre leurs biens et de les administrer, si l'administration du mari était mauvaise (Nov. 97, ch. VI).

Les innovations de Justinien. — Passons aux innovations ; un rescrit de Justinien de l'an 529, inséré au code (V. XII. 29), a créé au profit de la femme

plusieurs droits : une hypothèque et un droit de revendication. Nous ne prendrons pas parti sur la question de savoir si la femme pouvait être considérée comme propriétaire ou créancière de sa dot ; ces textes (fr. 29 et 30) ont fait l'objet de grandes controverses ; on a cherché à coordonner des décisions qui, il faut le reconnaître, sont quelque peu discordantes. Il est probable que Justinien a hésité entre les deux solutions : ce qu'il voulait avant tout, c'était sauvegarder les droits de la femme ; c'est le résultat seul qui nous intéresse.

Voici la première partie du texte : « Lorsque, durant le mariage, le mari est devenu insolvable, et que la femme veut se mettre à l'abri de la misère, et conserver la possession des choses qui ont été hypothéquées pour sûreté de sa dot, de ses donations *ante nuptias* et de ses paraphernaux, nous lui donnons à elle, comme détenteur des biens du mari, et appelée comme telle en justice, une exception pour repousser à l'aide de son hypothèque la prétention d'un second créancier. » Ce texte ne spécifie pas qu'il s'agisse d'hypothèque légale ou d'hypothèque conventionnelle. La situation qu'il prévoit est claire : la femme voyant l'insolvabilité de son mari a trouvé plus sûr de conserver la détention des biens qui lui sont hypothéqués pour sûreté de « ses reprises et conventions matrimoniales », dirions-nous aujourd'hui. Mais un créancier intervient ; c'est le

deuxième en rang ; Justinien donne à la femme une exception pour le repousser. Quelle peut être cette exception, si ce n'est celle sur le fondement de laquelle reposait tout le fonctionnement de l'hypothèque romaine : *exceptio rei sibi ante pignoratæ*, ou exception de priorité de rang. Ainsi la femme passe avant le créancier du mari ; il peut y avoir de ce fait un privilège pour la femme si ce créancier était antérieur au mariage, mais dans le cas contraire, il n'y a aucun privilège ; la situation est comparable à celle qui existe en droit français relativement à l'hypothèque légale de la femme mariée en tant qu'elle est établie pour sûreté des reprises et conventions matrimoniales. Nous pouvons noter qu'à ce moment-là Justinien songeait probablement à créer le droit exorbitant qui nous est révélé dans la constitution suivante de l'an 529 et qui établit une hypothèque privilégiée opposable à tous créanciers. Le texte de 528 est intéressant pour nous, en ce qu'il établit ce droit d'exercice de l'hypothèque dotale pendant le mariage (*adhuc matrimonio constituto*) et c'est une preuve qu'il y a vraiment quelque chose d'analogue à notre séparation de biens : en droit français la femme ne peut exercer son hypothèque légale pendant le mariage qu'à condition d'avoir obtenu la séparation de biens, car ce n'est en effet qu'à cette condition qu'elle peut demander des comptes à son mari, faire liquider la communauté, apparaître ses droits

de reprises ou ses créances, choses que sanctionne notre hypothèque légale.

Passons à la deuxième partie du texte : « Mais aussi si la femme elle-même veut mettre en mouvement quelque action au sujet de ces mêmes hypothèques contre les détenteurs des biens du mari, nous décidons que l'existence du mariage ne l'en empêche pas. » Remarquons que la femme obtient le droit d'exercer ses actions pendant le mariage, c'est toujours la même idée : il y a un pas de fait vers le régime de séparation de biens. Le texte continue ainsi : « Mais nous avons décidé aussi qu'elle pourra revendiquer ces choses, soit des créanciers postérieurs, soit de ceux qui sont regardés par les lois comme n'ayant pas de droits préférables, comme elle aurait pu le faire, si le mariage s'était dissous de telle façon qu'elle aurait pu exercer l'action en restitution de sa dot et de sa donation *ante nuptias*. »

L'empereur Justinien avait déjà accordé à la femme le droit d'exercer l'action de dot contre le mari ; il lui accorde maintenant, pendant le mariage et contre les tiers, la revendication des biens hypothéqués pour sûreté de sa dot et autres choses. Il s'agit là tout simplement de la *vindicatio pignoris* qui sanctionnait pour le créancier hypothécaire son « jus possidendi » ; mais ce qui est remarquable c'est la possibilité de cette « vindicatio » à une époque où la

créance n'était pas exigible, où le mariage n'était pas dissous. Le texte ajoute toutefois que, tant que dure le mariage, la femme ne peut vendre ces biens dont s'agit, mais il lui accorde le droit d'en percevoir les fruits et de les consommer pour ses besoins et ceux de ses enfants.

En 529, Justinien établissait un privilège de la femme dotale par lequel elle primait les créanciers du mari, et il lui accordait tous moyens et exceptions pour les repousser (C. 30) ; en dernier lieu il supprimait la nécessité de la fiction de divorce : « Que la femme puisse exercer ses droits hypothécaires, même pendant le mariage, sur les biens du mari peu solvable, cela a déjà été établi par notre loi dans un but humanitaire : il faut absolument mettre à néant cette trompeuse fiction de divorce que notre législation avait établie pour donner l'action à la femme. » C'est ce texte qui a permis aux interprètes d'établir que l'action anciennement donnée à la femme était une action *quasi ficto divortio*. A l'époque de Justinien cette fiction était devenue complètement inutile ; l'empereur la supprimait et il accordait l'action directe, c'est-à-dire une action spéciale, qui n'avait pas de nom propre, que nous aurions qualifiée aujourd'hui d'action en séparation de biens, qu'on aurait pu appeler : « *actio rei uxoriæ propter inopiam mariti*. » Enfin cette loi décide que la prescription de l'action (par 10 ans, 20 ans ou plus) ne court contre la femme

que du jour où cette action peut être exercée par la femme, par exemple du jour où l'insolvabilité du mari sera devenue évidente.

Plus tard encore le même Justinien se contente d'une mauvaise administration des biens de la femme par le mari pour autoriser l'exercice de l'action *rei uxoriæ* : *si male res maritus gubernet* (Novelle 97.6) ; c'était un progrès sur le texte d'Ulpien. Dans le même texte, l'empereur s'est occupé de protéger la femme qui, étant sous la puissance de son père, ne peut agir seule ; même si celui-ci ne veut pas agir, l'empereur concède à la femme le droit d'exercer une action contre les biens du mari, sorte d'action utile (*Nuda actio*). Il prend enfin des mesures pour que la femme qui a ainsi usé de l'action ne soit pas lésée par l'obligation du rapport de dot et qu'elle puisse avoir sa part des biens de son père (Nov. 97.6).

Tels sont les textes seuls qui nous restent pour nous donner une idée des moyens inventés à Rome pour protéger la femme mariée lésée, sur ses biens.

Ainsi, ce n'est ni un régime contractuel analogue à notre séparation de biens, telle que la conçoivent les modernes ; pour ses paraphernaux la femme romaine avait bien des intérêts distincts, mais elle se conduisait comme une femme libre, et, à part quelques incapacités spéciales, nous n'avons rien trouvé qui ressemblât au régime séparatiste français : et cela tient à ce que la femme romaine à la différence de

la femme française n'était pas incapable en raison de son mariage. Rome n'a connu que des personnes en puissance ou des personnes « sui juris » ; or nous avons vu que les mariages de l'Empire se firent « sine manu » ; les filles qui avaient perdu leurs parents et se mariaient restaient des femmes libres. Ce n'est pas non plus un régime auxiliaire analogue à notre séparation de biens judiciaire ; quand la femme veut sauvegarder sa dot elle intente une action, la même que celle par laquelle elle réclamait sa dot à la dissolution du mariage et, quand elle l'a reprise, alors nous avons un régime bâtard, dans lequel la femme a sa dot en mains, en reprend l'administration, quoique son mari en ait conservé la propriété (sauf controverse à l'époque de Justinien).

Néanmoins, c'est sûrement là l'origine de notre séparation de biens judiciaire. La dot avons-nous vu n'était restituée qu'en raison de l'insolvabilité du mari, quand la femme par conséquent avait tout lieu de craindre que son action *rei uxoriæ* ne lui servît plus à rien au jour de la dissolution du mariage. L'article 1443 du Code civil ne dit pas autre chose : « La séparation ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. » Ce dernier alinéa n'est-il pas en tous points sembla-

ble à cet alinéa du texte d'Ulpien : « *Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* » C'est la traduction du texte romain qui a été reproduite par les rédacteurs du Code ; donc identité de causes.

D'autre part à Rome aussi, la femme ne pouvait arriver à se protéger qu'en demandant en justice la restitution de sa dot ; il en est de même en droit français. Nous avons supposé que sous la procédure formulaire la femme romaine devait exposer ses motifs au magistrat, — celui-ci devait sans doute apprécier et rechercher s'il existait une cause de restitution de la dot, et, dans ce cas, il délivrait une formule d'action *rei uxoriæ* avec fiction de divorce. Que fait chez nous le Tribunal ? Il recherche s'il y a lieu de faire droit à la demande de la femme et ordonne ensuite la restitution de la dot, liquidation des reprises par un notaire, et commet un juge pour apprécier la valeur de cette liquidation.

Il est vrai qu'à l'époque de Justinien ce parallèle cesse d'être complètement vrai ; la femme jouit de certaines prérogatives sur les biens de son mari insolvable, sans que le texte semble exiger aucune action en justice. Tel est l'exercice de son droit d'hypothèque. Mais on peut dire qu'il y avait là une mesure préventive, mise à la disposition de la femme, et que, si quelque contestation était possible, il fallait

aller en justice pour la faire trancher ; alors devant le juge la femme devait démontrer qu'elle était bien en droit de se protéger contre l'insolvabilité du mari. Néanmoins ces réformes de Justinien, on ne peut le nier, sont hardies et témoignent encore une fois que les Romains n'avaient pas la notion d'un régime spécial pouvant se substituer à un régime antérieur pendant le mariage.

Ce régime romain a eu, nous le verrons, une grande influence sur la formation du droit français dans les provinces du midi. C'est lui qui est l'âme de notre régime de séparation de biens judiciaire, et l'on peut dire, sans trop exagérer, que c'est toujours le régime romain qui est applicable lors d'une séparation de biens prononcée entre époux mariés sous le régime dotal ; dans ce cas, comme le dit M. Planiol « ce régime n'est pas détruit et se résume en une simple restitution anticipée de la dot » (1). Tel était l'effet de l'action *rei uxoriæ* accordée à la femme romaine *propter inopiam mariti*.

1. PLANIOL. *Droit civil*, 2^e éd., t. III, n° 824, note 1.

DEUXIÈME PARTIE

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Le droit romain avait donné naissance à un régime embryonnaire que nous avons considéré comme la première manifestation de notre régime de séparation de biens. Ce régime avait dû être importé en Gaule avec le droit des vainqueurs, mais en ce qui concerne le régime matrimonial les seules solutions qui avaient été alors importées dans ce pays, étaient celles qui étaient admises au temps d'Ulpien ; on sait en effet que le droit de Justinien n'a été connu en France que beaucoup plus tard. En outre il ne faut pas oublier que le droit romain n'a eu de véritable influence sur la formation du droit que dans le Midi de la Gaule. Au Nord, il n'était que le droit des quelques Romains établis dans les divers comptoirs qu'ils avaient fondés. Les coutumes continuaient à régner parmi les Gaulois. Après l'invasion franque

le droit romain fut emporté et chassé avec la domination romaine. Il s'est cependant conservé dans le Midi où le Code Théodosien a été la loi écrite, où les rois installés ne firent que de sanctionner des lois romaines; le régime dotal y resta avec toutes ses conséquences. Il est vrai que c'est peut-être parce que les vainqueurs y étaient moins nombreux, parce que l'élément romain y domina longtemps encore: aussi Paul et Ulpien firent-ils la loi dans ce pays toujours prêt à accepter comme la raison même le droit qui venait de Rome.

Au Nord, au contraire, sous l'influence de la coutume et des capitulaires, un droit tout nouveau naquit; de nouvelles idées régnèrent, et il importe d'étudier séparément l'étude de notre question en droit coutumier et en droit écrit.

CHAPITRE PREMIER

Formation du régime de séparation de biens.

§ I. — LE DROIT COUTUMIER.

Sous l'influence germanique la puissance du chef de famille sur sa femme fait son apparition. A Rome la femme était sous la puissance du chef de famille de son mari, ou sous celle de son père, mais nous avons vu combien les mœurs étaient changées ; la femme romaine de l'Empire était en somme une femme libre ; aussi les divorces étaient-ils devenus nombreux et faciles tandis que les unions longues étaient rares. Dès le premier siècle Vespillo pleurant sa femme ne dit-il pas : « *Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte, non divertio interrupta ; nam contigit nobis ut ad annum XXXXI sine offensa perduceretur !* » (*Laudatio Turicæ*. Girard. Textes, p. 778 : 27, 28). Le peuple franc au contraire était encore un peuple nomade chez lequel la soumission au chef était un devoir sacré. La femme est soumise

à son mari comme ses enfants ou ses serviteurs ; celui-ci a sur elle le droit de vie et de mort. « Mais, comme le dit M. Viollet, sous cette autorité un peu rude, la femme n'a point été avilie. Des mœurs simples et imprégnées de l'esprit chrétien, une association vraie entre les époux, je ne sais enfin quel souffle civilisateur, ont transformé peu à peu, sans y jeter la révolution l'état domestique.... Le roi de la famille s'est peu à peu rapproché de son premier serviteur et l'a associé insensiblement à son autorité ; ainsi se sont lentement formées les mœurs modernes (1). »

La femme était soumise au pouvoir de son mari, elle était sous sa mainbournie, mais encore est-il difficile de dire quelle était la limite de cette autorité maritale au moment de l'installation des Francs en Gaule, et surtout, ce qui nous intéresse, quelles en étaient les conséquences quant à la fortune de la femme. La femme franque était, paraît-il, autrefois achetée par son mari ; sous l'influence bienfaisante du christianisme les mœurs se modifièrent ; le prix d'achat devint une donation ; on l'appela *dos* ou *dotalicium* ; c'étaient parfois des richesses importantes et de toute nature. En outre c'était l'usage que le mari fit à sa femme le matin de leurs noces un cadeau : cadeau qui pouvait consister en richesses

importantes, le morgengab. Morgengab et *dotalicium* formaient le patrimoine de l'épouse.

Mais durant le mariage qui était propriétaire de tout cela. La femme ? Peut-être. Mais qui l'administrait, c'est assez difficile de le dire. N'avons-nous pas un code d'Euric (en 323) qui nous dit : « *Si vir qui uxorem suam, secundum sanctam scripturam, in potestate habet, similiter et in servis ejus protestatem habebit et omnia quæ cum servis uxoris vel suis in expeditione adquisivit, in sua potestate permaneant.* » Tout au contraire la loi des Wisigoths (II. 3. 6) semble supposer que le mari n'est administrateur des biens de sa femme qu'à condition d'en avoir reçu le mandat. « *Maritus sane non sine mandatum causam dicat unoris, aut certe ante judicem se tali obliget cautione, et si revolverit, damnum quod cautio demonstrat, maritus recipiat, qui sine mandatum causam dicere præsumpsit uxori.* »

Si la femme pouvait donner un mandat à son mari pour « *causam dicere* », c'est donc que c'était à elle qu'incombait en principe le soin d'administrer ses propres biens. Alors où donc serait la prétendue incapacité de la femme germane ; nous serions en présence d'un régime de séparation de biens. Aussi M. Lefebvre s'est-il refusé à admettre sans contrôle cette idée d'incapacité de la femme franque. Deux textes pris dans Grégoire de Tours semblent tout à fait édifiants. Au livre neuvième, chapitre 33, Grégoire

de Tours nous expose l'histoire de Berthegonde fille d'Ingeltrude qui, sur les conseils de sa mère avait quitté son mari pour le monastère. Grégoire l'avait fait retourner auprès de son mari, mais au bout de trois à quatre ans sa mère la fait revenir au monastère. L'auteur nous dit : « *At illa, oneratis navibus, tam de rebus propriis quam viri sui, adsumpto secum uno filio, viro absente, Turonis est adpulsa.* » La femme franque pouvait donc avoir des biens propres, puisque c'est un auteur de cette époque qui en parle.

L'histoire de Frédégonde et Chilpéric mariant leur fille Rigonthé au roi d'Espagne est encore plus significative. Frédégonde en effet comble sa fille de cadeaux avant son départ, et le roi semble s'en fâcher : « *Ita ut videns hæc rex, nihil sibi remansisse putet.* » Mais la reine lui explique, ainsi qu'aux notables présents, que ces biens sont à elle : « *Ne putetis, o viri, quicquam hic de thesauris anteriorum regum haberi: omnia enim quæ cernitis, de mea proprietate oblata sunt, quia mihi gloriosissimus rex largitus est. Et ego nonnulla de proprio congregavi labore, et de domibus mihi concessis, tam de fructibus quam de tributis, plurima reparavi. Sed et vos plerumque me numeribus vestris ditastis, de quibus sunt ista quæ nunc coram videtis: nam hic de thesauris publicis nihil habetur.* » Et l'auteur ajoute qu'il y avait tellement de présents qu'il fallait cinquante chariots pour les emporter (VI. 45).

Ainsi voici une reine qui dispose seule de ses biens ; sans l'autorisation de son mari, elle fait une donation à sa fille. Aucune femme mariée ne le pourrait de nos jours ; la femme franque n'était donc pas si incapable que cela ? Remarquons que dans ce texte il est permis de retrouver l'origine du patrimoine de la femme : il y a d'abord les largesses du roi ; sans doute le *dotalicium* et le *morgengab* ont contribué à enrichir la reine Frédégonde. Il y a ensuite les produits de son travail, les économies de ses revenus et enfin les dons qu'elle a reçus des Francs. Et tout cela : fortune mobilière, fortune immobilière, elle l'administre, elle en dispose. N'est-ce pas un régime de séparation de biens dans toute l'acception du mot et avec les dernières conséquences ? Qu'on ne dise pas qu'il s'agit d'une reine, qu'il pouvait y avoir des faveurs pour elle, ne savons-nous pas que la fortune royale était soumise à la loi salique tout comme celle des autres hommes ?

Enfin, dans une formule que cite également M. Lefebvre, ne voyons-nous pas un mari céder à sa femme des biens en pleine propriété : « *Hæc omnia... teneas atque possideas, vel quidquid exunde facere volueris, liberam et firmissimam in omnibus habeas potestatem.* » *Libera potestas* ; est-ce là l'incapacité dont on parle si souvent ? Il faut avouer que dans tous ces exemples il y a la preuve de l'existence d'un régime singulier ; ce n'est pas le régime de

communauté, ce n'est plus le régime dotal ; nous croyons que c'est un régime séparatiste.

Cependant le christianisme continuait à prêcher la mise en commun de tous les biens. Primitivement, la femme, après le décès de son mari, n'avait rien des biens acquis par celui-ci ; on vit peu à peu apparaître cette idée que la femme devait avoir une part des biens acquis pendant le mariage et dont l'existence pouvait être due à la collaboration des époux. C'est cette idée de collaboration qui a donné naissance à notre communauté ; la femme exclue de la succession des biens propres eut un droit sur les conquêts, ces biens acquis par le travail et non par succession.

Pendant que s'élaborait ainsi un régime communautaire, les anciennes habitudes de séparation d'intérêts s'en allaient insensiblement. Une autre cause devait contribuer à donner au mari des pouvoirs très étendus même sur les biens de la femme, c'était le mode d'administration de la justice. La justice n'existait pour ainsi dire pas à cette époque de vols et de pillages, le plus fort l'emportait. Les contestations se vidaient par un véritable combat ; les femmes et les enfants ne pouvaient donc point se défendre seuls ; il leur fallait un défenseur, un champion de leur cause. La femme avait à côté d'elle un champion tout désigné, c'était le mari. Celui-ci eut donc le soin de défendre les intérêts de sa femme,

et il est probable qu'en retour celle-ci lui laissait la jouissance de ses biens. Il se passait quelque chose d'analogue à ce qui se passe encore parfois de nos jours entre époux ayant adopté un régime de séparation de biens. La femme, se reconnaissant trop faible pour s'occuper de la gestion d'un patrimoine, donne mandat à son mari de toucher ses revenus, les placer, faire faire les réparations d'entretien, etc. Cela n'exclut pas l'existence du droit de la femme, mais à une époque où la notion du droit était affaiblie, où l'on ne savait pas analyser un rapport juridique, ce changement devait avoir peu à peu des conséquences graves et aboutir à créer pour la femme, sinon une incapacité juridique, au moins une incapacité de fait. Dès l'an 833 l'effet de ces courants divers s'aperçoit (*Chartes de Cluny*, t. I, p. 910, Bruel). Le mari constitue un dotalitium à sa femme en pleine propriété, avec pouvoir de vendre, échanger, aliéner, puis il lui donne en outre : « *tertiam partem ex omnibus rebus meis mobilibus quod modo habeo, vel in futuro pariter adquirere poterimus.* » Aussi est-il bien possible que cette donation n'ait d'effet, même en ce qui concerne le dotalitium, que pour l'avenir. En tous cas, il y a là cette idée du droit de la femme au tiers des conquêts; nous ne sommes plus en face d'un régime de séparation de biens.

Le terrain étant si bien préparé, la communauté

devait y germer et y prospérer, et c'est pourquoi nous ne trouvons plus aucune trace de régime de séparation de biens ni dans les Olim, ni dans Beaumanoir. La femme n'a plus rien; aussi voyons-nous l'auteur des *Coutumes de Beauvoisis* dire au cas de désaccord entre mari et femme: « Si le justice voit que ce n'est ès coupes de la femme, prendre doit des biens du mari tant qu'ele soit porveue sufisamment. — Ele pot requere a le justice qu'ele ait des biens communs por sa soufissance... Neporquant il n'y a nule division come de moitié ou de quart, ni les despuelles de notre eritage n'emporterait elle selon notre coustume. Donques convient-il qu'ele soit secourue par l'ofice as juges et selon leur loïal estimation. » Beaumanoir ne connaît certes pas la séparation de biens judiciaire, car il nous dit: « Voire est que tant come ils vivent ensemble, li hons en est mainburnisseres, et convient que la femme suefre et obeïsse de tout come il appartient a leurs muebles et as despueilles de leur eritages: tout soit ce que la fame y voit perte tout apertement, si convient-il qu'ele en suefre la volonté de son seigneur. (XVI. 2). » Il est vrai que l'on pourrait croire que la séparation de biens existait si l'on s'en tenait au texte des Assises de Jérusalem: « Bien sachés que c'il avient que uns home qui ait feme, commence à guier et à bevre et au manger et à destruire cau qu'il a, si qu'il comence par se apovrir, la raison comande que la

fame peut bien demander son douaire. Et est tenu ce mari par droit de mettre son douaire ou le vaillant en la main des proudes hommes, ou en tel leue qui sée, sauf à celui ou à cele qui aveir le devra, car ce est droit et raison par l'Assise de Jérusalem. » Ce paiement anticipé du douaire ressemble d'une façon étrange à la restitution de la dot à Rome. Mais ce texte ne fut jamais appliqué en France où nous ne trouvons aucune trace de la séparation de biens avant le xiv^e siècle.

Deux causes ont contribué à faire éclore ce régime qui allait être qualifié de régime de séparation de biens, c'est l'admission de la séparation de corps par le droit canonique et la renaissance du droit romain.

1^o Depuis longtemps déjà le droit canon avait admis pour cause grave que les époux pourraient être séparés d'habitation, *divortium quoad thorum et mensam*. Ce divorce devait entraîner des difficultés de règlements pécuniaires, c'est à ceux-là que Beaumanoir fait allusion dans les textes précités. On eut alors l'idée que la femme pouvait reprendre l'administration de ses biens propres; que si elle pouvait le faire quand l'inconduite de son mari la forçait à demander la séparation de corps, elle était tout aussi capable de les administrer quand l'insolvabilité du mari, quand le désordre de ses affaires devenaient tels que son administration était un péril pour la

fortune de l'épouse. Jusqu'à-là « elle n'avait, dit M. Lefebvre, d'autre sauvegarde que de refuser sa signature à toute aliénation d'immeuble et de le retenir par ce moyen (1) ». Enfin à la dissolution de la communauté, il semble qu'en ne prenant rien des meubles, elle ne payait rien des dettes: « *Gentis fame ne met rien en l'aumône de son seignor. Et si aura la moitié ès muebles, se ele vïant, metra la moitié ès dettes; et se ele ne viaut rien prendre ès muebles, ele ne metra rien ès dettes. Et de ce il est en son choix (2).* »

Mais aux abords du quinzième siècle la jurisprudence séculière qui connaissait de toutes causes relatives au mariage s'enhardit jusqu'à recevoir des demandes en séparation des biens. Le *liber practicus de consuetudine Remensi* (Varin. *Arch. lég. de Reims*, n° 94, p. 98) parle d'une « *peticio uxoris contra maritum vergentem ad inopiam ut habeat reportagium suum et supplica ut decernatur sibi administratio bonorum*. » Qu'est-ce autre chose qu'une requête afin de séparation de biens ?

2° Ce fut aussi l'influence romaine qui fit admettre cette innovation hardie. Nous sommes en pleine renaissance du droit romain ; les écoles qui viennent de se fonder reçoivent des disciples de tous pays.

1. M. LEFEBVRE. *Le droit des gens mariés*.

2. Établissements de Saint-Louis. Édition VIOLLET. XVII, t. 2, p. 27.

Nos jurisconsultes vont à Bologne pour prendre connaissance de ces lois merveilleuses qui allaient devenir la raison écrite. Des écoles s'établissent en France ; on y étudie le Code de Justinien, et le clerc qui avait composé le *liber practicus de consuetudine Remensi* devait avoir présent à l'esprit le texte d'Ulpien quand il a écrit ce « *contra maritum vergentem ad inopiam* ».

C'est ainsi que sous cette double influence est née d'abord la séparation de biens judiciaire, l'auxiliaire des femmes dont les maris sont dissipateurs. Un accord du 18 août 1396, cité par M. Glasson dans son histoire du droit (tome VII) semble être une séparation de biens judiciaire dont les termes ont été au préalable discutés entre époux : « *Comme certain discord fut meuz tant en la cour de l'Église come en la court de Parlement entre Étienne Le Fèvre, taincturier d'une part, et Jehanne sa femme... pour occasion de ce que la dicte Jehanne disoit que ledict Étienne étoit gasteur et dissipeur de biens et que depuis ycelle Jehanne l'avait fait citer en la court de l'Église à Sens en cas de séparation et ledit Estienne disant le contraire... Néanmoins pour oster tous plaiz et matières de descords i icelles parties, s'il plaist à la Cour, sont d'accord en la manière que s'ensuit. C'est assavoir que les dictes parties seront séparées de biens tant muebles come éritages et d'un commun accord en la main de l'official de Sens et*

avec ce tous leurs biens muebles qui, au jour de la dicte citation, estoient communs et jusqu'à présent seront rapportez pour être partis égaument et en avoir chacun sa moitié, et en seront les parties chacune en droyt soy creües par leurs serments. Item aussi seront toutes les debtes qui estoient dues audit Estienne et à ladicte Jehanne au jour de la dite citation rapportez par serment d'une partie et d'autre, et partiz égaument, moitié à moitié les debtes que icelles parties devaient par avant la dite citation et jusques aujour d'icelle seront paiées moitié à moitié. »

Même avant cette époque, un arrêt du Parlement de la Saint-Martin d'Hiver, en date du 9 avril 1325 (Boutaric, *Actes du Parlement de Paris*, tome II, n° 7834), avait prononcé une séparation de biens en ces termes : « *Comme nous de certaine science et pour certaine justice nous avons ordonné que Mahaut de Bommez ait et tiègne tout son propre héritage, qui est de par li et de cinc cenx livrées de terre de la terre à son baron, savoir nous faisons que, ja soit que son baron soit encore en vie, nous, de notre puissance et autorité roïal lui donnons pooir et autorité que ele tiègne et gouverne la terre dessusdite en sa main, tout aussi comme si elle n'était mie mariée et en puisse requérir partage et division, et entrer en plet et en procès. »*

Ces deux textes nous montrent une séparation judiciaire avec toutes ses conséquences ; partage

des biens meubles, partage des dettes, reprise des propres ; de son côté la femme administrant seule ses biens, capable de procéder à un partage, de plaider soit en défendant soit en demandant. Nous pouvons remarquer que c'est déjà une capacité beaucoup plus large que celle d'une femme séparée sous le régime du Code civil. Admettant la séparation, c'était en effet une question de savoir « quels effets on allait lui reconnaître en l'introduisant ainsi dans une coutume traditionnelle de communauté avec puissance maritale. Il fallut logiquement, dit M. Lefebvre, rendre à la femme ses apports et même lui permettre de réclamer sa part des biens communs ; ainsi se justifiait mieux encore le terme de séparation de biens. On dut lui reconnaître aussi le droit de gérer toute sa fortune, puisqu'elle n'était point incapable de droit et que le mari s'était vu justement priver de sa direction de chef sur les biens. Mais qu'allait-on décider pour l'ensemble des actes juridiques que comporte le libre gouvernement d'un patrimoine ? (1) » Nous allons voir que les coutumes rédigées allaient concéder à la femme une pleine liberté.

Une troisième cause vint influencer sur le régime de séparation de biens : la rédaction des coutumes. Les coutumes rédigées donnèrent naissance à une foule

1. M. LEFEBVRE. *Histoire du droit des gens mariés.*

de commentaires de la part des jurisconsultes qui consentirent à quitter quelque peu la raison écrite pour étudier le droit coutumier. Cette floraison de commentateurs provoqua l'éclosion de ce que nous aurions appelé le droit comparé. Les coutumes furent rapprochées les unes des autres et quand on trouva dans une coutume voisine quelque disposition qui semblait préférable à celle adoptée par la coutume du lieu, le besoin se fit sentir de déroger à la coutume locale. En matière de régime matrimonial cela donna naissance à la diversité des régimes parvenus jusqu'à nous. Sans doute nous trouvons avant cette époque des contrats de mariage. Mais ceux-ci étaient restés jusqu'alors de véritables chartes de famille réglant la disposition des biens, réglant par avance une succession, contenant des renonciations de la part de la fille dotée ; ces chartes servaient également à établir les apports de la future épouse, mais le régime des biens entre époux était resté soumis à la coutume du lieu. Après la rédaction des coutumes on en vint à modifier le régime matrimonial du lieu en introduisant dans le contrat des clauses qui adoptaient des règles coutumières de la province voisine. On en vint à établir des régimes presque exclusifs de communauté, et c'est sans doute sous l'influence de ces idées que le régime de séparation de biens lui-même fut admis dans les contrats de mariage (1).

1. Cf. LEFEBVRE, *Droit des gens mariés* « Mais là où s'ou-

Quand le futur époux semblait quelque peu gaspilleur, la jeune fille ou ses parents stipulaient sans doute que la femme garderait et la propriété de ses biens et leur libre administration et la jouissance de ses revenus ; c'était plus sûr que d'être obligé de recourir plus tard à une demande en séparation de biens. Le contrat réglait la part que l'épouse prendrait aux charges du ménage, et c'est pourquoi cette part contributoire n'a jamais été la même dans l'ancien droit. Ce résultat ne fut atteint qu'au xvi^e siècle, et c'est Jean des Mares qui, le premier, nous fait connaître l'existence de cette séparation de biens contractuelle (Décision 129). En tout cas dès le xvi^e siècle le régime sans communauté paraît être usuel dans les contrats, et lorsqu'on avait déclaré adopter ce régime on ne pouvait plus revenir au régime coutumier. Ferrière (*Coutume de Paris*, t. II, p. 2), nous

vrit une véritable brèche aux traditions coutumières de puissance maritale, c'est quand il fut admis que par contrat de mariage, pourrait être réservée à la femme l'administration et la jouissance de certains biens, voire de tous ses biens. Cette clause de séparation conventionnelle ne semble pas avoir été jadis fréquente.... Mais il est clair qu'elle faisait bon marché de la vieille donnée du mari chef et seigneur des biens de sa femme. Aussi Dumoulin poursuivant toujours la méthode des théories coutumières aménagées à l'aide du droit romain, viendra-t-il enseigner que, séparée de biens par convention ou par jugement, l'épouse est à considérer comme émancipée, *quasi emancipata a potestate viri*. » (*Traité des fiefs*, tome I, p. 477, 1681.)

dit que cela a été ainsi jugé par arrêt du 7 janvier 1584, et il ajoute que c'est une maxime, qu'on ne peut déroger à ce qui est porté par les contrats de mariage, qui sont la loi des familles.

Le régime de séparation de biens étant ainsi apparu à une époque où la notion de puissance maritale n'était pas encore altérée et où la femme mariée n'était pas encore regardée comme incapable, on peut concevoir facilement que les règles de ce régime aient été fort simples, n'aient nullement embarrassé les premiers commentateurs, et c'est pourquoi nous ne trouvons pas chez eux de grandes dissertations comme en ont fait leurs descendants du dix-huitième siècle.

Essayons un peu de tracer un tableau de ce régime au xvr^e siècle c'est-à-dire tout à ses débuts. La plus ancienne coutume que nous ayons à ce sujet est celle de Lorris ; le texte est très significatif : « Art. 198.—
« *Femme séparée de son mary quant aux biens so-*
« *lemnellement peut et lui loist contraicter et dispo-*
« *ser de ses biens meubles et immeubles ainsi et en*
« *la manière qu'elle le pourrait faire s'elle n'estoit*
« *maryée.* »

Que pouvait-on faire de mieux à cette époque que de reconnaître à la femme tous les droits énoncés dans la coutume. « On dut lui reconnaître, dit M. Lefebvre, le droit de gérer toute sa fortune, puisqu'elle n'était point incapable de droit et que le

mari s'était vu justement privé de sa direction de chef sur les biens. » La femme n'avait donc été entravée en aucune façon dans le libre gouvernement de ses biens. Voilà pourquoi elle put les administrer seule, en percevoir les fruits et revenus, donner toutes décharges et quittances ; bien plus elle eut la possibilité d'aliéner et de disposer. En effet sous le régime de communauté, qu'est-ce qui empêchait la femme d'aliéner ses propres ? C'est que ceux-ci étaient soumis à l'administration et à la jouissance du mari ; que par conséquent en les aliénant elle eut porté atteinte à ce droit d'administration et de jouissance, comme on dit aujourd'hui elle eut porté atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté. Mais une fois la séparation prononcée par jugement, ou lorsqu'on eut admis qu'une clause du contrat de mariage pourrait l'établir avec les mêmes effets, comme il n'y avait plus de communauté, comme le mari n'avait aucun droit d'administration et de jouissance, la femme put naturellement faire tous actes et notamment aliéner ses biens. Mêmes solutions dans les anciennes coutumes de Montargis (Ch. VIII. 6) de Dunois (58) et d'Orléans (A. C. 171).

Tel était le principe : une femme séparée de biens est une femme complètement séparée d'intérêts avec toutes conséquences possibles.

Nous allons montrer ce qu'il en était en étudiant les dérogations que le temps a apportées à ce prin-

cipe de liberté et les théories diverses des auteurs des ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles.

C'est qu'en effet les commentateurs, tout en rapprochant les diverses coutumes entre elles, les comparèrent aux lois du Digeste ; ils s'aperçurent que bien des décisions de celui-ci étaient préférables à certaines coutumes et ils voulurent les introduire, traitant de « droit haineux » le droit coutumier et de raison écrite le droit romain. Mais en matière de capacité de la femme mariée ils allèrent puiser insensiblement dans le droit romain des solutions que les Romains n'avaient jamais connues, et que cependant les écrits de leurs jurisconsultes ont préparées. Le droit romain n'avait-il pas une liste d'*officia virilia* dont les femmes étaient écartées ? N'était-ce pas lui qui avait établi l'incapacité pour la femme d'intercéder, incapacité qui jouait un si grand rôle dans notre vieille France ? Les textes ne parlaient ils pas de *levitas animi* ? de *fragilitas sexus* ? de *matronalis pudor* (1), *pudicitia* (2) ? Certes ces idées là ne pouvaient pas être favorables à une pleine capacité de la femme mariée et l'on sait qu'elles ont influencé un peu les décisions de nos jurisconsultes.

Dumoulin n'a pas fait un exposé complet de la séparation de biens ; ce sont des solutions données

1. Code. Livre 2, XIII. 21.

2. Code. Livre 2, LVI. 6.

au hasard, tandis qu'il passait en revue les différents articles des coutumes. Sous l'article 231 de la coutume du Bourbonnais (1) ne dit-il pas : « *Ergo simplex separatio bonorum reddit mulierum separatam a potestate viri; ideo si est minor, dandus est ei curator; intelligendum etiam de separatione facta publice et auctore judice ordinario.* » Ne semble-t-il pas vouloir dire que la femme est complètement affranchie de la puissance du mari ; celui-ci ne peut plus rien sur elle ; il n'a donc pas à l'autoriser ; car à quoi bon lui donner un curateur ; son mari est curateur désigné ; du moins en serait-il ainsi aujourd'hui d'une femme mineure mariée sous un régime séparatiste.

Nous retrouvons la question de séparation de biens au *Traité des fiefs* ; Dumoulin vient de dire que le mari est l'administrateur des biens de sa femme et passe aux exceptions : « *Sed ista conclusio fallit primo, separatione facta a judice, tunc enim mulier est velut a potestate viri quoad administrationem emancipata.* » Ce n'est plus à notre avis la même solution que celle qu'il donnait à propos de la coutume du Bourbonnais ; il précise sa pensée ; la femme est « comme émancipée de la puissance du mari quant

1. *Coutume du Bourbonnais*. Article 231 : « Femme mariée est en puissance de mari et ne retombe point en la puissance paternelle, soit par la dissolution du mariage par la mort naturelle du mari, soit par la séparation de biens de la dite femme. »

à l'administration ». Elle peut par conséquent faire les actes d'un administrateur, sauf encore à rechercher quels ils sont, mais elle ne peut aliéner, car aliéner n'est pas administrer. De plus chaque mot a ici son importance ; Dumoulin emploie à dessein le mot « emancipata ». Il a encore dans la pensée l'idée d'un fils de famille sorti de la puissance paternelle, idée toute romaine. Quoiqu'il en soit il apparaît comme certain que Dumoulin ne voyait dans la séparation de biens judiciaire qu'un moyen de rendre à la femme l'administration générale de ses biens ; c'est donc qu'il y avait quelque chose de changé. Mais poursuivons l'étude du texte : « *Fallit secundo si tractatu matrimonii, conventum sit quod mulier priorum suorum haberet et retineret liberam potestatem et administrationem, et quod vir non faceret fructus suos, nec in aliquo de illis intromitteret, sed quod illa libera de illis disponere posset sine consensu et autoritate viri quia tunc mulier respectu priorum etiam ab initis non transit in potestatem viri, sed quod illa censetur innupta et sui juris, et sic spectat ad illam solam et non ad maritum clientelaria munia* (1) *nomine suo tam active quam passive exercere.* »

En ce qui concerne la séparation de biens conven-

1. *Clientelaria munia*. Il s'agit dans ce paragraphe des devoirs de vassalité.

tionnelle, il faut, avec Dumoulin, faire une sous-distinction :

a) Comme la femme séparée de biens judiciairement, la femme mariée sous le régime séparatiste peut administrer librement ses biens et toucher ses revenus; elle a la *liberapotestas*, la *libera administratio*; c'est à peu près ce que dit l'article 1536 du Code civil. En conséquence la femme fera tous actes d'administration, de gestion; elle fera les fruits siens et le mari ne pourra intervenir en aucune façon pour faire lui-même un de ces actes. Mais en principe c'est tout.

b) Seulement les conventions allaient plus loin et elles donnaient fréquemment à la femme le droit de disposer librement de ses biens propres sans le consentement ni l'autorisation de son mari « car alors, dit-il, au regard de ses propres, la femme dès le début du mariage ne passe point en puissance maritale, mais au contraire elle est censée non mariée et maîtresse de ses droits. » Il résulte de là aussi : 1^o que Dumoulin dans ce paragraphe nous rapporte les deux clauses essentielles et usuelles d'un contrat matrimonial adoptant le régime de séparation de biens; 2^o que si le contrat ne contenait pas la clause relative à l'autorisation générale d'aliéner, la femme ne pouvait faire aucun acte d'aliénation; ni s'obliger de manière à engager gravement sa fortune, en

dehors du simple acte d'administration, sans être autorisée de son mari.

Guy Coquille, après Dumoulin, allait enseigner la même théorie, dans ses *Questions sur les Coutumes* : « Or quand le mari devient extrêmement pauvre, dit-il, et qu'il n'a moyen d'entretenir son ménage, la femme selon le remède du droict civil des Romains peut recouvrer sa dot, ores que le mariage dure, non pas pour en disposer par elle à son plaisir, mais pour des fruits et profits entretenir son mari et elle, et leurs enfants. » Guy Coquille regarde la séparation de biens judiciaire comme la restitution de dot romaine, et il n'envisage cette restitution de dot que comme un moyen d'assurer la nourriture et l'entretien d'une famille, quand le mari se ruine ; en conséquence il ne reconnaît à la femme qu'un droit : administrer sagement et disposer des fruits pour l'entretien de sa famille. C'est encore plus étroit que la théorie de Dumoulin ; seulement comme ce texte est un commentaire de l'article 6, au titre des douaires de la Coutume de Nivernois (1534), il est probable que Guy Coquille a pensé plus au douaire qu'à la dot : la Coutume de Nivernois permettait en effet à la femme de réclamer provision de son douaire quand le mari venait à pauvreté : « *Si le mary vient à pauvreté pour mauvais mesnage, est banny ou absent, ou échet autre inconvenient, la femme peut demander provision de son*

douaire. » Guy Coquille se demande si la femme ayant réclamé provision de son douaire peut en jouir, et il pense que c'est raisonnable et conforme au texte de la coutume, il cite comme analogie la situation de la femme qui demande la restitution de sa dot, d'où l'opinion précitée.

Ces jurisconsultes n'étaient pas seuls à affirmer ces idées nouvelles, défavorables à la capacité de la femme, des arrêts les répandirent malgré l'existence de coutumes contraires, comme celles de Paris et d'Orléans avant la réformation. A Orléans notamment voici un arrêt très catégorique : « *Censuit Senatus 1586 die 24 Aprilis, perorantibus Chopino Bocchello et Buissonio Molinensi præstandam esse uxori a marito auctoritatem in alienationibus, etiamsi, separatione facta, uterque res suas sibi habeat. Pronuntiatum est in consuetudine Aurelianensi causæque ut interfui et notavi semper accuratissime.* » Comme on le voit, cet arrêt rapporté par Chopin, regarde la femme comme incapable de faire seule un acte d'aliénation; il lui faut l'autorisation maritale.

C'est ce que dit encore Lhommeau. « Femme séparée d'avec son mari ne peut vendre ni s'obliger sans l'autorité de son dit mary, mais peut disposer de ses meubles et fruiets de ses héritages. » Cet auteur fait une distinction entre les meubles et les héritages. Quant à ces derniers il ne permet à la femme que de disposer des fruits; ceux-ci sont naturellement faits

pour être aliénés, consommés d'une manière ou de l'autre ; mais l'héritage est chose sacrée, la femme ne peut l'aliéner sans l'autorisation de son mari. Il s'agit en effet de valeurs importantes ; on craint la faiblesse de la femme ; enfin souvent ce seront des propres et à cette époque toutes les institutions coutumières ont pour but d'assurer la conservation des biens dans les familles. Biens propres : la femme en doit assurer la transmission à ses enfants, car bien de famille ne doit point se perdre. Biens acquêts : la femme ne doit pas les aliéner facilement parce qu'il y a là une partie importante de sa fortune et qu'entre les mains de ses enfants ils constitueront à leur tour des propres. Il n'est donc pas possible que la femme aliène ces biens sans l'autorisation de son mari ; celui-ci en effet en qualité de chef de famille doit être consulté sur l'opportunité de vendre des héritages et d'en priver la famille ; agir sans son consentement ce serait porter atteinte à ses droits de chef de famille. Quant aux meubles, c'est tout différent : notre ancien droit a été dominé par cet adage : *Vilis mobilium possessio*. En effet toutes les richesses importantes étaient immeubles : terres, rentes foncières, rentes viagères, etc. ; les meubles constituaient une bien faible partie des fortunes ; ils étaient dédaignés. On comprend qu'à une époque de réaction contre la capacité de la femme mariée, on ait laissé à celle-ci la libre disposition de son mobilier : aliéner des meubles, c'était presque

faire un acte d'administration, ce n'était pas en tout cas un acte grave.

Loysel dant ses *Institutes Coutumières* adopte ces théories déjà établies : *Femme séparée de biens les peut administrer sans l'autorité de son mari mais non les aliéner* (Instit. n° 395).

Au milieu de cet accord parfait dans le sens d'une restriction de la capacité féminine une voix discordante s'élève, celle du jurisconsulte l'Hoste : avec un grand bon sens il a ramené le débat à ses véritables origines : « L'autorité du mari, dit-il, n'est point « nécessaire à une femme séparée de biens, ce qui « me semble bien raisonnable, puisque le mari n'en « reçoit aucune incommodité de ses biens;... cette « liberté ne blesse l'honneur qui est dû au mari « quoiqu'on en veuille dire... et il faut distinguer la « puissance civile d'avec la naturelle; celle-ci est « inséparable du mariage; l'autre qui vient seulement « en conséquence du contrat, peut n'être point, quand « en faisant mariage il n'y a point de communauté « de biens. » Ainsi selon lui, il y a lieu de faire une séparation très nette entre la puissance sur la femme et la puissance sur les biens; tandis que la première résulte du mariage seul, qu'elle est en quelque sorte de droit naturel, la seconde résulte du contrat et peut par suite, selon les conventions, varier suivant une progression mathématique, aller depuis l'absolu comme dans la communauté universelle jusqu'au

néant comme dans le régime de séparation de biens. Telle est la pensée de l'auteur. Elle est conforme aux traditions que nous avons étudiées précédemment. Puissance sur la femme, c'est le *mundium* germanique, *mundium* atténué, mais puissance encore suffisante pour être une véritable autorité domestique qui, selon l'expression de beaucoup de nos anciens auteurs, permettait au mari « de châtier sa femme de façon raisonnable », de la faire raser et de l'enfermer dans un monastère pour adultère, puissance qui fait qu'aujourd'hui encore le meurtre de la femme adultère par son mari est excusable. Puissance sur les biens : c'était de création coutumière, elle n'existait pas dans le très ancien droit ; c'était une création de la coutume parallèle au régime de communauté et qui n'avait plus sa raison d'être quand celui-ci était mis à l'écart pour être remplacé par un régime séparatiste.

Mais ces déductions logiques et naturelles ne devaient point triompher en face de la doctrine nouvelle ; la *levitas animi*, la *fragilitas sexus* devaient amener nos auteurs à regarder de plus en plus la femme même séparée de biens comme incapable. En outre les clauses des contrats jetaient encore le trouble dans les idées : on y insérait des clauses générales d'autorisation sans lesquelles la femme ne pouvait aliéner librement ; bientôt on discuta la validité elle-même de ces clauses ; certains jurisconsultes,

poussant jusqu'au bout les conséquences logiques de la nouvelle théorie décidèrent que ces clauses générales d'autorisation n'étaient point valables.

Avant d'en venir à cette nouvelle période voyons quelle fut la marche des idées dans les provinces du Midi.

§ II. — LE DROIT ÉCRIT.

Le droit romain n'avait pas complètement succombé en France à la suite des invasions ; il resta au contraire la principale source législative d'une partie du pays et il en fut ainsi jusqu'à la Révolution française ; on peut même dire que ce n'est véritablement que le Code civil qui a mis fin à l'antique division des pays de coutumes et des pays de droit écrit. Cinq parlements : Toulouse, Bordeaux, Pau, Aix et Grenoble, ainsi que le conseil souverain d'Alsace, le Forez, le Beaujolais et une partie de l'Auvergne, du ressort du Parlement de Paris, suivaient les lois romaines.

La femme, selon le droit romain, n'était pas incapable, mais la puissance paternelle pouvait exister, on le sait, jusqu'à la mort du chef de famille ; la femme était en conséquence soumise, soit à l'autorité de son père, soit à celle du chef de famille de son mari. Mais elle pouvait être *sui jaris* et dans ce cas nulle puissance ne s'exerçait sur elle. D'autre

part les Romains avaient un régime matrimonial distinct, nettement dessiné : le régime dotal qui a subsisté durant toute la période ancienne. Les Romains ne connaissaient pas la véritable séparation de biens : ce régime ne fit son apparition qu'assez tard dans le Midi ; pendant longtemps, on se contenta des principes admis par Ulpien : le droit à la restitution de la dot.

Il ne faut pas oublier en effet que pas plus dans les provinces du Midi que dans celles du Centre ou du Nord, le droit de Justinien n'a régné aux débuts de l'empire franc. Le droit romain a gouverné longtemps les populations du Midi avec le Code Théodosien, les Sentences de Paul et quelques autres livres écrits pour la Gaule, et probablement sur l'ordre des rois vainqueurs.

Nous avons un petit livre un peu antérieur à la renaissance du droit romain qui semble dater du onzième siècle, les *Exceptiones Petri*. L'auteur parle de la restitution de la dot, et par lui nous savons que la restitution anticipée pour faillite ou insolvabilité du mari était toujours suivie dans nos provinces.

Beaucoup plus tard, au xvi^e siècle, et au commencement du xvii^e siècle, les arrêts reflètent un système analogue. Un arrêt du Parlement de Toulouse du 6 juin 1576 décide que la femme peut répéter sa dot pour pauvreté du mari ; plus tard, le 14 juillet 1629, un arrêt de la Chambre de l'Édit du Languedoc ad-

met la poursuite de la demande en restitution contre les détenteurs des biens du mari. Les solutions de ce dernier nous ramènent véritablement à l'époque Justinienne : c'est une véritable décision du Conseil Impérial. A la même époque, Antoine Fabre, l'illustre premier président du Parlement de Savoie, écrivait : « *Vergente ad inopiam marito, potest mulier petere dotis indemnitatem, non tantum proposita in eam rem actione, sed etiam opposita exceptione, si forte creditores mariti posteriores pignora sua persequantur. Nam cui damus actionem eidem multo magis exceptionem competere fatendum est ; atqui certum est hoc casu competere mulieri actionem ex lege ubi adhuc 29 C. de jure dotium (1).* » Ainsi Antoine Fabre, à l'aube du xvii^e siècle, ne connaît pas encore le mot *séparation*, il emploie une périphrase : *Vergente ad inopiam marito*. Il ne connaît pas non plus la chose ; il ne connaît que les actions et exceptions du droit romain et il n'oublie pas de citer le Code de Justinien. Cette influence romaine devait se faire sentir dans les écrits des jurisconsultes méridionaux jusqu'à la fin de l'ancien régime. Au xviii^e siècle, Roussilhe (2) écrit : « A l'égard des pays de droit « écrit, l'effet de la séparation de biens est que la « femme peut contraindre son mari à lui rembour-

1. *Codex Fabrianus* — V. 7 — déf. 10.

2. ROUSSILHE, *Traité de la dot*, 1785, p. 67.

« ser les sommes qu'il a touchées de sa dot. »

Néanmoins à une époque où toutes les coutumes rédigées étaient lues et commentées partout, les avantages du régime coutumier devaient se faire sentir. L'action en restitution de dot était soumise à des exigences plus grandes tenant à l'incertitude des textes : les arrêts exigeaient des preuves de l'insolvabilité du mari et n'accordaient la restitution que quand il y avait une véritable déroute ; souvent alors il était trop tard. Ainsi cette mise en action pénible du système romain était une cause de gêne pour tous : époux, créanciers et juges. Le système coutumier avec ses règles plus précises, avec sa publicité, satisfaisait tout le monde ; le Midi l'adopta. Et cependant, dans le Nord comme dans le Midi, il y avait eu à l'origine le même système d'Ulpien ; mais appliqué au régime de communauté il s'était déformé et avait donné naissance à la séparation de biens ; resté applicable au régime dotal, il n'avait point changé. En notre matière la coutume l'a emporté sur le droit écrit, même en pays méridional, et aujourd'hui le Code ne distingue plus : l'action en séparation de biens est la même, qu'elle soit exercée par une femme commune, ou par une femme dotal. L'article 1443 s'applique indifféremment à l'une à l'autre et l'article 1563 ne fait que renvoyer au précédent.

Quant à la capacité, celle de la femme mariée sous le régime dotal était fort grande. C'était d'abord un

principe que le mariage émancipait ; il est vrai que cela n'a été admis que vers le ^{xvii}^e siècle. Mais lorsque la femme était *sui juris*, il était évident qu'elle devait être libre de tout faire sur ses biens paraphernaux, le système de l'autorisation maritale ayant été inconnu des pays de droit écrit. Nous devons seulement rappeler l'existence de la présomption *Quintus Mucius* selon laquelle, lorsque la femme n'avait pas de biens personnels, ce qu'elle avait acquis était censé acquis par le mari, sinon, disait-on, il faudrait supposer que la femme a réalisé des gains honteux. Ce cas mis à part, la femme, dans les provinces de droit écrit, pouvait, comme à Rome, aliéner, acquérir, s'obliger pour ses paraphernaux (sauf encore ici l'incapacité Velléienne). Quant à la femme, à qui la dot avait été restituée, elle n'avait sur elle pas plus de pouvoirs que le mari et on admettait que si le contrat de mariage contenait des clauses restrictives pour l'administration, la femme y restait soumise comme le mari. Ce n'est guère d'ailleurs qu'au ^{xvii}^e siècle qu'apparurent les questions nouvelles tenant au mélange de clauses coutumières aux anciennes clauses du régime dotal. On vit naître des questions de remploi, d'emploi des reprises dotales, questions qui tiennent trop à l'étude du régime dotal, et que nous laisserons de côté pour nous en tenir à la seule femme séparée de biens.

En résumé l'on peut dire qu'au ^{xvii}^e siècle les

solutions modernes étaient mûres : la femme pouvait obtenir la séparation de biens sous un régime dotal comme sous un régime de communauté. En pays coutumier, comme en pays de droit écrit, la femme avait eu une capacité très large, mais cette capacité était à la veille d'être presque anéantie par les idées de fragilité, faiblesse du sexe empruntées au droit romain. Ce qui est curieux c'est que l'effet s'en soit fait sentir de suite dans les provinces coutumières et que les pays de droit écrit soient restés jusqu'à la Révolution fidèle au système romain qui ne connaissait pas d'incapacité de la femme en raison de sa dépendance vis-à-vis du mari. Mais le système coutumier, tel qu'il allait être établi par nos grands jurisconsultes du XVIII^e siècle, allait devenir le système du Code et l'emporter pour toutes les femmes sur le régime romain. Il nous reste à connaître ce système tel qu'il apparaît dans les œuvres de nos grands commentateurs et principalement dans les traités de Pothier.

CHAPITRE II

La capacité de la femme séparée de biens au dix-huitième siècle.

C'est maintenant principalement au commentaire de la Coutume de Paris qu'il faut nous attacher. Le texte fondamental est l'article 234 au titre de la *Communauté de biens* : « *Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari si elle n'est séparée par effet ou marchandepublique.* » Cet article établit donc le principe de l'incapacité de la femme mariée ; c'est un fait acquis : la femme mariée est incapable et ce en raison de sa dépendance vis-à-vis du mari, « Le mariage, en formant une société entre
« le mari et la femme, dont le mari est le chef, donne
« au mari en la qualité qu'il a de chef de cette société,
« un droit de puissance, sur la personne de sa femme
« qui s'étend aussi sur les biens (1). » L'article 223 avait déjà dit : « *La femme mariée ne peut vendre,*

1. POTHIER. *Traité de la puissance du mari*, Introduction.

« *aliéner ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité
« et le consentement exprès de son mari.* » Il s'agit de
savoir s'il le fait par la femme d'adopter le régime de
séparation de biens comme régime matrimonial ou
encore d'obtenir la séparation judiciaire est pour
elle une cause d'augmentation de sa capacité. Nous
n'avons pas dans les coutumes de textes généraux
comme ceux du Code civil ; cela tient à ce que lors
de la rédaction des coutumes le régime de sépara-
tion de biens contractuel était peu connu, sinon
inconnu, et que le régime de séparation de biens judi-
ciaire était en voie de formation. Ce sont là des œu-
vres de jurisprudence prétorienne et de doctrine : la
pratique et le commentaire ont créé ces deux institu-
tions, et les formules modernes de nos lois sont
empruntées toutes à Pothier, à Bourjon et à Lebrun.
Avant ces auteurs on ne rencontrait pour le régime
de séparation de biens que des solutions d'espèces ;
point de chapitres spéciaux. Les œuvres de ces der-
niers renferment au contraire des chapitres très éten-
dus et détaillés tant sur la séparation de biens judi-
ciaire que sur la séparation de biens contractuelle.
Une égale impression se dégage cependant à la
lecture des œuvres de ces auteurs, c'est que les deux
modes du régime de séparation de biens ont une
origine commune, ont leur source dans la commu-
nauté dont ils sont l'un le remède, l'autre la forme la
plus modifiée. Pothier dans son traité de la commu-

nauté enseigne que de droit commun « conjoints par mariage sont communs en biens », que c'est là une règle coutumière, mais non un précepte absolu, que la coutume n'entend point imposer la communauté ; les époux peuvent adopter le régime de communauté réduite aux acquêts ; ils peuvent aller jusqu'à exclure la communauté : alors tous les biens, toutes les acquisitions sont propres, mais le mari a quand même jouissance des biens de sa femme ; enfin « on peut « convenir par un contrat de mariage, que non seulement il n'y aura pas de communauté de biens « entre les conjoints, mais que chacun d'eux jouira « séparément de ses biens. On appelle cette convention « séparation contractuelle ; elle a cela de plus « que la simple exclusion de communauté qu'elle « prive le mari de la jouissance des biens de sa « femme(1). » Tel est le dernier échelon et dans tous nos auteurs le dernier paragraphe du chapitre des conventions matrimoniales relatives au régime de communauté.

Nous allons étudier séparément, en quelques paragraphes distincts, les divers actes que peut faire ou que ne peut pas faire la femme séparée de biens : les actes d'administration, les obligations, les aliénations, les actions en justice.

1. POTHIER. *Communauté*. Première partie, chap. III, art. 8, § 4, n° 464.

§ 1. — LES ACTES D'ADMINISTRATION.

Rappelons que Dumoulin admettait que la femme séparée de biens avait *liberam potestatem et administrationem*, qu'elle était *quoad administrationem a potestate viri emancipata*. En quoi peuvent consister ces actes de libre administration ? Repor- tons-nous à ce que dit Laurière : « La séparation a pour la femme le même effet que l'émancipation pour les mineurs. L'émancipation était accordée aux mineurs non pour leur permettre de disposer de leurs biens, mais pour les administrer, c'est-à-dire en percevoir les revenus, passer des baux, etc. (1). La

1. Toute cette matière de la libre administration s'éclair- cit un peu avec la théorie des pécules en droit romain. Les mots de *libera administratio*, *plena administratio* ont été empruntés au droit romain, au Digeste : ils ont été créés à propos de la théorie des pécules. Les esclaves et les fils de famille à Rome ne pouvaient s'obliger. Toutefois on admit à une certaine époque que le paterfamilias pouvait leur lais- ser un pécule à administrer. C'était une somme qu'ils emplo- yaient à volonté et qu'ils faisaient fructifier en général en faisant le commerce. Les auteurs furent amenés à recher- cher quels actes pouvaient faire ces esclaves et ces fils de famille possesseurs de pécules. Pouvaient-ils aliéner ? A titre onéreux, oui, répond Ulpien : « Si servus mihi, vel filius familias fundum vendiderit et tradidit, habens peculii *li- beram administrationem* in rem actionem uti potero » (D. VI. I. 41 § 6). Jusqu'où allait cette faculté d'aliéner ? C'est un point douteux ; voici un texte de Marcianus qui sem-

femme séparée « a le droit de recevoir les revenus de ses biens, d'en faire de simples baux à loyer ou à ferme (1) ».

Quels sont ces actes ?

1° *Recevoir les revenus et en donner quittance.* —

C'est là un acte qu'un simple administrateur a pu faire de tout temps. Bourjon dit (*Droit commun*, tome 1, p. 586) que la femme peut faire ces actes, qu'elle ait été séparée de biens par contrat ou par autorité de justice. Si le mari touchait les revenus, ce ne serait plus la séparation de biens, ce serait le régime d'exclusion de communauté. Toutefois la

ble nous montrer qu'il y avait des limites : « Si filius familias pro alio rem peculiarem obligaverit, vel servus, dicendum est eum non teneri, licet *liberam* peculii *administrationem* habeant : sicut nec donare eis conceditur : non enim usque quaque habent *administrationem*. Facti tamen est quæstio, si quærat^rur quousque ei permissum videatur peculium administrare. » (D. XX. III. 1. § 1). En un mot l'administrateur d'un pécule pouvait non seulement faire des actes de perception de fruits, de produits, faire des placements, mais encore il pouvait aliéner tout le pécule dans une certaine mesure et c'est en ce sens que l'administration était *libera*. Tel n'était plus le sens au XVIII^e siècle quoique les mots aient subsisté. Argou (*Inst. au droit français*, t. II, p. 271) oppose la libre administration à l'administration simple ; le mineur émancipé a la libre administration de ses biens, tandis que le tuteur n'a que l'administration, et il en tire cette conséquence que le mineur émancipé peut passer des baux pour une durée plus longue que le tuteur.

1. POTHIER, *Communauté*, n^{os} 464 et 522.

femme pouvait donner mandat à son mari de toucher ses revenus, tout en adoptant le régime de séparation de biens.

Ce premier point ne souffre aucune difficulté : mais aussitôt une question se pose : pouvait-elle recevoir ses capitaux ? Bien entendu il faut supposer un cas où la femme aurait pu aliéner librement : un immeuble ayant été régulièrement vendu, ou bien ayant été l'objet d'une vente forcée, comme une licitation, la femme pouvait-elle recevoir seule le capital et en donner décharge ? En général, on regardait cet acte comme dépassant les bornes d'une simple administration ; Pothier exigeait l'autorisation du mari : « Par
« la même raison, lorsqu'elle a vendu, étant autori-
« sée de son mari, quelque héritage dont le prix n'a
« pas été payé lors du contrat, elle aura encore
« besoin de l'autorisation de son mari pour en rece-
« voir le prix, lorsque l'acheteur le paiera ; car il en
« doit être fait un emploi auquel le mari a intérêt à
« veiller (1). » Un acte tout à fait voisin alors c'était le rachat d'une rente constituée : on sait que le débiteur de la rente pouvait se débarrasser du service de la rente en la rachetant ; il y avait là pour le créancier une sorte d'expropriation ; c'était un de ces actes qu'on peut qualifier d'aliénation nécessaire. Si c'était une femme séparée de biens qui était créan-

1. POTHIER, *Traité de la puissance maritale*, n° 16.

cière de la rente, on s'était demandé s'il était nécessaire que la femme demandât l'autorisation de son mari pour recevoir le prix du rachat. On aurait pu dire que c'était inutile ; il y avait là un acte nécessaire auquel la femme était dans l'impossibilité de se soustraire ; il en eut été de même du tuteur d'un mineur ou de tout autre administrateur ; néanmoins l'opinion contraire l'a emporté. On a jugé qu'il y avait bien là une aliénation, que le prix payé était le capital représentant un immeuble et que « le mari « avait intérêt d'y être appelé, afin de veiller au « remploi des deniers pour la sûreté des charges du « mariage auxquelles la femme doit contribuer (1) ».

Ainsi autorisation nécessaire (2), autorisation qui n'est cependant pas exigée dans l'intérêt de la femme, mais dans celui du ménage ; la femme est incapable parce qu'elle dépend du mari : et là encore il est possible que nos jurisconsultes se soient laissés en quelque sorte tromper par les règles du régime de communauté, règles qui étaient le droit commun et qu'ils n'ont pas assez souvent mises de côté.

2° *Faire des baux*. — Tous les auteurs s'accordent à dire que la femme séparée de biens pouvait donner ses biens à bail pour quelque durée que ce soit.

1. POTHIER, *eod. loco*, n° 17.

2. Cf. ARGOU, II, p. 440. Ce dernier nous dit qu'il en était autrement d'une femme paraphernale.

Argou dans son *Institution au Droit Français* (tome II, livre III, ch. 27, — du Louage) fait à ce sujet la distinction entre ceux qui administrent leur propre bien et les administrateurs des biens d'autrui. Tandis que ceux-ci ne peuvent forcément faire de baux que pour une durée limitée, les premiers, étant propriétaires, peuvent s'engager pour une plus longue période. Toutefois les baux de très grande durée paraissent aussi avoir été considérés comme une espèce d'aliénation et n'avoir pas été permis à ceux qui n'ont qu'un droit d'administration. Ce qui est certain, c'est que la femme ne pouvait pas, dans les pays où l'emphytéose existait, consentir un tel bail sur ses immeubles. « Les baux emphytéotiques, nous dit Argou, sont toujours considérés comme une espèce d'aliénation quand même ils ne seraient faits que pour vingt ans (1). »

En ce qui concernait les fiefs, la femme pouvait, quand elle était suzeraine, en percevoir les profits, et quand elle était vassale elle en avait les charges ; Dumoulin disait qu'elle avait l'exercice actif et passif des droits féodaux. Aussi une femme qui possédait un fief et se mariait sous le régime de séparation de biens ne devait-elle aucun droit de relief à son seigneur, car il n'y avait aucune mutation de propriété (2) : c'est la femme qui restait vassale ; au

1. Id. Inst. au D. F. Livre III, ch. 28.

2. Cf. FERRIERE sur article 37 coutume de Paris.

contraire, sous le régime de communauté, c'était le mari comme seigneur et maître qui exerçait les droits de sa femme et par conséquent un droit de relief était dû.

Si la femme pouvait donner ses biens à bail, elle pouvait pareillement prendre d'autres biens à bail, et notamment elle pouvait louer une maison pour se loger elle et son mari: c'était l'un des premiers résultats voulus de la séparation judiciaire.

3° *Dépenser ses revenus.* — La femme séparée de biens pouvait dépenser ses revenus librement; tel est l'avis de Renusson (*Traité de la communauté*, n° 27) qui présente cette solution comme courante et indiscutée. Les sommes qu'elle touchait ainsi lui servaient à tout ce qui lui était nécessaire à elle, à ses enfants et aussi à son mari. La contribution de la femme aux charges du ménage était en effet une des règles de la séparation de biens (Pothier. *Communauté*, n° 464); sa part contributive était généralement fixée par le contrat de mariage ou par la sentence de séparation de biens. Si elle refusait d'y contribuer, le mari qui n'avait aucun pouvoir sur les biens n'avait qu'une ressource, c'était de s'adresser au juge. (Pothier. *Communauté*, 465).

4° *Faire les réparations.* — D'après la distinction que Pothier fait dans son *Traité de la communauté* aux numéros 272 et suivants, on peut dire que la femme séparée de biens pouvait engager seule les dépenses

qu'entraînent les réparations d'entretien, car ces réparations sont à la charge des revenus des propres de la communauté; elles entrent dans le pouvoir d'administration. Au contraire, les grosses réparations, « les impenses qui se font sur un héritage, non pour « la simple jouissance de cet héritage, mais pour « convertir la forme de cet héritage en une autre « forme plus avantageuse, ne sont point des impenses de simple entretien ». Aussi il est certain que la femme devait être autorisée pour les engager ; il s'agissait en effet d'aliéner et non d'administrer.

Tels sont les principaux actes que la femme séparée de biens pouvait faire librement sans aucun doute; mais pour cette administration même, la femme ne pouvait rien faire sans s'obliger, sans conclure des contrats. Voulait-elle faire des réparations d'entretien? elle s'obligeait envers les ouvriers qu'elle occupait. Voulait-elle passer des baux de ses immeubles? Elle s'obligeait envers les preneurs. Cela nous amène à rechercher, si la femme séparée de biens pouvait dans le dernier état du droit s'obliger et passer tous contrats.

§ II. — OBLIGATIONS ET CONTRATS.

Puisqu'elle avait le droit d'administrer, certainement la femme séparée de biens, tout comme le mineur émancipé, pouvait s'obliger pour les actes de

son administration. La *libera administratio* d'un pécule à Rome entraînait principalement pour le possesseur de ce pécule la faculté de s'obliger jusqu'à concurrence de sa valeur. Mais nous avons vu que les actes d'administration que la femme pouvait faire n'étaient pas en général des actes tels que sa fortune fût engagée ; c'étaient plutôt des actes destinés à la conserver. Maintenant se pose pour nous la question : la femme pouvait-elle s'obliger ? Pouvait-elle, en dehors de la simple administration, passer des contrats dont l'exécution pût être assurée sur sa fortune ?

Ce fut l'objet d'une longue controverse ; c'est qu'en effet aux débuts la femme n'était pas incapable : lui refuser la faculté de s'obliger, c'était la déclarer incapable. Les auteurs du XVIII^e siècle penchèrent pour l'incapacité. Tel est l'avis de Renusson : cet auteur fait remarquer que l'on s'est trompé en voulant attribuer à Dumoulin une solution qu'il n'avait pas donnée ; on disait que Dumoulin était d'avis que la femme pouvait s'obliger librement. Rencontrant l'un des textes du *Traité des fiefs* que nous avons déjà commenté Renusson fait remarquer que Dumoulin n'a pas voulu dire que la femme séparée était affranchie de la puissance du mari, mais qu'elle était en quelque sorte émancipée. Au reste Dumoulin, nous l'avons vu, en ce qui concerne la séparation judiciaire précise : *quoad administrationem emanci-*

pata. Il est vrai qu'en ce qui concerne la séparation conventionnelle, il admettait que le contrat de mariage pouvait conférer à la femme faculté de s'obliger plus largement. Mais un siècle plus tard, en 1623, Chopin obtint, paraît-il, un arrêt déclarant la femme incapable de s'obliger seule. Quoiqu'il en soit nous nous trouvons en présence de deux doctrines : l'une représentée par Ferrière et Bourjon, l'autre par Pothier, Laurière, Lebrun et Renusson, ce qui peut d'ailleurs nous laisser supposer que cette dernière devait l'emporter. Nous allons les exposer séparément.

I. — Théorie de Ferrière et de Bourjon (1).

Il y avait dans la Coutume de Paris un article 234 qui pouvait certainement s'interpréter dans le sens d'une pleine capacité de la femme séparée de biens et ainsi conçu : « *Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique* (2). » Cet article contient une règle générale : incapacité de la femme mariée de s'obliger, et une exception : sauf quand elle est séparée de biens. Fallait-il entendre

1. FERRIÈRE sous l'article 234, *Coutume de Paris*. — BOURJON, *Droit commun. Communauté*, I, p. 586 et s.

2. L'ancien article 171 de la Coutume d'Orléans était encore plus décisif.

cette exception dans un sens large ? A s'en tenir aux données historiques, cela était évident. Mais on tenait à ce que la femme fût sous la dépendance du mari ; on estimait que si elle avait pu s'obliger seule, c'eût été une atteinte aux droits du mari comme chef de l'association conjugale, comme seigneur et maître de sa femme. Selon Ferrière la femme est capable de s'obliger ; il est utile de citer tout le début de son commentaire de cet article : « Par cet article qui était
« le 114 de l'ancienne coutume, écrit-il, la femme
« mariée, quoique majeure, ne peut s'obliger valable-
« ment sans le consentement de son mari ; la raison
« est que la puissance maritale ne permet pas que la
« femme puisse s'obliger sans l'autorité de son mari.
« Il faut toutefois excepter certains cas, savoir :
« 1° quand la femme est séparée des biens d'avec
« son mari par une séparation effective ; auquel cas
« elle peut s'obliger, pourvu que telle obligation
« n'emporte pas l'aliénation de ses immeubles, laquelle
« requiert de nécessité l'autorité du mari ou celle de
« justice, comme il a été jugé par arrêt du dernier
« juin 1603, au rapport de M. Forget, cité par les
« commentateurs. » Ainsi la femme même en dehors
des actes d'administration peut s'obliger ; en admet-
tant cette solution Ferrière ne s'éloignait pas de l'an-
cienne conception sur la capacité de la femme. Mais
il y ajoute tout de suite une restriction : pourvu que
l'obligation n'emporte pas aliénation de ses immeu-

bles. Les immeubles sont des biens importants : l'ancien droit a toujours porté tous ses efforts sur leur conservation ; la femme en se mariant a en quelque sorte fait abnégation de ses droits de maîtresse absolue ; même en adoptant un régime de séparation d'intérêts, elle s'est encore obligée à ne pas en disposer au détriment de son ménage, sans que le chef de la société conjugale ait donné son assentiment ; ce n'est donc pas à proprement parler une incapacité ; c'est une conséquence de l'état de mariage. Certes Ferrière ne pouvait pas à son époque donner une autre solution : l'article 223 de la Coutume de Paris que nous verrons plus loin, prohibait d'une façon absolue l'aliénation des immeubles de la femme.

La même prohibition n'existait pas pour les meubles. Ceux-ci étaient moins importants ; c'était souvent une quantité négligeable dans les fortunes ; la tradition n'avait-elle pas transmis cet adage bien connu : *Vilis mobilium possessio*. En conséquence qu'importait que la femme s'étant obligée, les créanciers se soient payés sur les meubles. Aussi Bourjon dit-il : « Elle peut cependant s'obliger valablement jusqu'à concurrence de son mobilier » (t. I, p. 586). Il était tout naturel de ne laisser la femme s'obliger que jusqu'à concurrence de son mobilier ; il y a eu dans tout l'ancien droit une sorte de corrélation entre le sort des meubles et les droits des créanciers. N'a-t-il pas été admis au moyen âge, au moins dans certaines

parties de la France, que « meubles sont siège de dettes »? D'autre part dans les premières communautés conjugales, la femme qui prenait les meubles, prenait la moitié des dettes à sa charge, et en renonçant au mobilier elle se déchargeait du paiement des dettes: « Et se ele aura la moitié ès-muebles, se elle viaut, « metra la moitié ès-dettes ; et se ele ne viaut, rien « prandra ès-muebles, ele ne mettra rien ès-dettes. « Et de ce il est en son choix. » (Établissements de Saint-Louis. Édit. Viollet, t. II, p. 27.)

Sous l'influence de ces idées diverses, on comprend que Ferrière et Bourjon, en présence des deux textes un peu contradictoires de la coutume de Paris (art. 223 et 234) se soient trouvés quelque peu embarrassés et aient adopté la solution mixte que nous venons d'indiquer.

De cette opinion il résultait que si la femme avait un capital mobilier important elle pouvait l'utiliser totalement et notamment s'en servir pour faire des acquisitions. Elle pouvait notamment acquérir des biens immobiliers ; car il y a là un acte de sage administration, un placement ; il est vrai qu'elle engageait un capital, mais elle le pouvait parce que cette opinion admettait qu'il y avait acte d'administration dans le fait de remplacer une valeur qui par elle-même n'est pas frugifère, par une autre valeur mais frugifère. Par conséquent elle pouvait se porter seule adjudicataire, mais ne pouvait par cette adju-

dication s'engager au delà de son capital mobilier. C'est ce qui résulte d'un arrêt cité par Ferrière sous l'article 234 de la Coutume de Paris. « Il a même été
« jugé, dit-il, par arrêt du Parlement de Rouen, prononcé par M. le président Pélot, le jeudi 14 mai 1672, rapporté dans la seconde partie du *Journal du palais*, page 552, qu'une femme séparée ne pouvait
« sans l'autorité de son mari ou de justice, perdre sa dot en conséquence de sa folle enchère sur
« une terre saisie réellement et à elle adjugée, cette terre n'ayant pu être revendue sur elle que la
« moitié environ du prix pour lequel elle lui avait été adjugée. » De là il résulterait ceci ; la femme pouvait acquérir par tous modes d'acquisition des biens immobiliers et en payer le prix soit avec un capital mobilier, soit les économies de ses revenus. En conséquence elle pouvait se porter adjudicataire et payer seule le prix de l'enchère ; mais si elle avait mal fait ses comptes, si les frais étaient tels que le principal et les charges aient dépassé de beaucoup ses prévisions et par suite son capital mobilier disponible, la femme ne se trouvait obligée que dans la limite de son mobilier. La folle enchère était-elle déclarée, la femme n'en était pas moins sûre que ses immeubles seraient à l'abri des poursuites. C'était établir à son profit une sorte d'*in integrum restitutio*, comme pour un mineur émancipé.

Mais que serait-il advenu si la femme traitant avec

un acquéreur s'était déclarée autorisée, ne l'étant pas ; l'obligation serait-elle valable ? Ferrière dit que dans une cause appointée l'avocat général Talon avait conclu à la validité de l'obligation, qu'en conséquence même les héritiers étaient tenus. C'est donc que la femme était à cette époque capable de s'obliger par ses quasi-délits.

II. — Théorie de Pothier, Renusson et autres.

La théorie précédente était encore assez large ; celle que nous allons étudier est plus étroite. Leur point de départ à toutes deux est le même, c'est l'article 234 de la Coutume de Paris ; on a vu ce que Ferrière avait su en tirer ; voici ce qu'en pensait Pothier : « Le sens de cet article est que la femme « mariée qui n'est ni séparée, ni marchande publi- « que, ne peut en aucun cas, par quelque acte ou par « quelque contrat que ce soit, s'obliger sans le « consentement de son mari. Mais on n'en doit pas « conclure que celle qui est séparée, puisse indistinc- « tement, pour quelque acte que ce soit, se passer « de l'autorisation de son mari ; elle peut s'en passer « seulement pour les actes et contrats qui ne con- « cernent que l'administration de ses biens, que la « séparation lui donne le droit d'administrer. » Et plus loin : « A l'égard de tous autres actes... la « femme, quoique séparée, ne peut valablement les

« faire sans l'autorisation de son mari ou du juge(1). »

D'après Pothier le texte de la coutume de Paris n'est pas un argument suffisant pour établir la capacité de la femme séparée de s'obliger. Le professeur d'Orléans se conformait d'ailleurs à la décision de la coutume réformée de son pays ; rappelant, en effet, que la coutume de Montargis et celle de Dunois permettent à la femme de s'obliger il nous dit : « Notre
« ancienne coutume d'Orléans, en l'article 171, avait
« la même disposition, mais il a été retranché lors
« de la réformation et on observe aujourd'hui en
« cette coutume, de même qu'ailleurs, que la femme
« n'est dispensée de l'autorisation que pour les actes
« de simple administration (2). » Le texte de l'article 196 de la coutume réformée était le même que l'article 234 procité de la coutume parisienne.

Renusson, dans son *Traité de la communauté* (p. 62 n° 27) soutient la même thèse : « Par notre droit coutumier, la femme qui est séparée de biens de son
« mari, a seulement l'administration de son bien, et
« la disposition de ses revenus ; mais elle ne peut
« contracter aucune obligation qui tende à l'aliénation
« de ses immeubles sans l'autorité de son mari. La
« coutume de Paris, article 234, dit qu'une femme
« mariée ne se peut obliger sans le consentement de

1. POTHIER. *Traité de la puissance maritale*, n° 15.

2. POTHIER. *Id.*, n° 16.

« son mari si elle n'est séparée : on a voulu tirer
« argument de ces termes, que la femme se pouvait
« obliger sans le consentement de son mari lorsqu'elle
« est séparée, mais cela s'entend qu'elle pouvait
« s'obliger pour ses nourriture et entretien, jusqu'à
« concurrence de son revenu seulement. » Renusson
ne peut aller contre le texte de la coutume de Paris,
il dit que la femme séparée peut s'obliger, mais elle
ne peut s'obliger que pour sa nourriture et entretien ;
ce sont les deux principaux actes d'administration.
En interprétant cet auteur nous dirons : la coutume
de Paris était bien forcée de reconnaître à la femme
séparée le droit de s'obliger, puisqu'elle avait le
droit d'administrer : même en administrant on con-
tracte des obligations, celles que contractera ainsi la
femme séparée seront valables sans qu'il soit besoin
d'autorisation ; elles seront valables et obligeront la
femme elle-même. Il n'en est pas de même de la
femme commune : celle-ci ne peut jamais s'obliger
sans autorisation, elle est même incapable d'admin-
istrer.

De cet état un peu confus des doctrines on peut
conclure qu'à la fin de l'ancien régime la femme ma-
riée était regardée comme incapable et que la sépa-
ration de biens avait pour effet de lui donner une
sorte de demi-capacité, quelque chose d'analogue à
l'émancipation des mineurs en pays de coutumes.
C'est ce que résume admirablement Laurière dans

son commentaire de la Coutume de Paris. « On tient
« pour maxime que la séparation n'opère précisé-
« ment que ce que l'émancipation produit à l'égard
« des mineurs qui ne les autorise que pour la libre
« administration de leurs revenus. » Au demeurant
cette incapacité de s'obliger était intimement liée à
l'incapacité d'aliéner que nous allons étudier main-
tenant ; nous verrons ensuite les exceptions à la rè-
gle qui rendait la femme incapable.

§ III. — ALIÉNATIONS.

Précisément parce qu'elle était considérée comme
émancipée la femme séparée de biens ne pouvait
pas aliéner.

Tout d'abord comme nous l'avons vu précédem-
ment c'était une incapacité d'aliéner ses immeubles,
cette incapacité apparut tout à coup au xvr^e siècle dans
la jurisprudence du Parlement de Paris ; elle fut ac-
ceptée sans discussion par Dumoulin : « Dumoulin,
« dit M. Lefebvre, malgré les apparences du texte de
« Paris et malgré le texte formel d'Orléans, enseigna
« que l'épouse séparée ne devait pouvoir agir seule
« que pour l'administration, mais non pour l'aliéna-
« tion de ses immeubles où elle devait prendre l'au-
« torisation du mari ou de justice. On ne voit même
« pas qu'il ait pris la peine de discuter ce point ; se
« bornant à affirmer que la femme séparée : *eman-*

« *cipatur a potestate viri tantum quoad administrationem* (1). » Presque tous les juriconsultes qui sont venus après lui en ont fait autant et l'article 223 de la coutume de Paris que nous allons étudier maintenant a toujours été interprété comme ayant une portée absolue, comme n'admettant aucune dérogation. Voici le texte : « La femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses héritages, sans l'autorité et le consentement exprès de son mari... »

On aurait pu regarder ce texte comme spécial à la femme commune : la communauté en effet était le droit commun dans le ressort de la coutume de Paris ; ce sont les règles de ce régime que nous expose la coutume dans ses articles 220 à 246 ; toutes les règles contenues dans ce titre sont spéciales au régime de communauté, règles auxquelles dérogeait le régime de séparation de biens. Or bon nombre des solutions admises pour ce dernier l'ont été sans texte, par une simple tradition coutumière. La tradition, nous l'avons vu, était dans le sens de la capacité de la femme séparée de biens ; en l'absence de disposition expresse de la coutume de Paris, c'était ce droit traditionnel qu'il fallait appliquer et ne point s'occuper d'un texte qui était fait pour une autre espèce. C'est ce que l'on ne fit point. De même que l'on fit réformer le texte de la coutume d'Orléans parce qu'il était favorable

1. LEFEBVRE. *Histoire du droit des gens mariés*, p. 62.

à la capacité de la femme séparée de biens, de même on interpréta les textes de la coutume de Paris dans le sens d'une incapacité générale et dépendant de l'état de femme mariée. Mais les auteurs ne sont pas embarrassés d'arguments, Bourjon, comme les autres, se borne à affirmer que la séparation de biens ne produit que l'effet de l'émancipation, parce qu'« il y
« aurait trop d'inconvénients à lui en donner un plus
« étendu. » Ou encore il dit que la séparation de biens n'a été établie que pour mettre la femme à l'abri de la dissipation du mari « et elle tomberait à plus grand
« inconvénient, si la séparation la livrait à son inex-
« périence. » (1)

Aussi les commentateurs de la coutume aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles ont-ils bien soin de nous faire remarquer que « cet article ne dit pas la *femme*
« *mariée qui est commune avec son mari, mais seu-*
« *lement la femme mariée* ; ce qui nous marque que,
« quoique la femme ne soit point commune avec son
« mari, en ayant été séparée de biens, ou par con-
« trat de mariage, ou par sentence du juge, néan-
« moins elle ne peut point vendre, aliéner ou obli-
« ger ses biens sans le consentement de son mari ;
« ce qui a été jugé ainsi par plusieurs arrêts (2). »

Telle était en effet l'orientation de la doctrine ; telle était aussi celle de la jurisprudence. Pothier nous

1. BOURJON. *Droit commun*, t. I, p. 512 et 587.

2. FERRIÈRE. *Commentaire de la Coutume de Paris*, art. 223.

rappelle qu'un arrêt d'Orléans rapporté par Mornac avait décidé dès 1586 que la femme ne pouvait aliéner ses biens sans l'autorisation de son mari encore que la séparation ait été prononcée (Cf. ci-dessus). Tels sont aussi les arrêts rapportés par Louet sur la capacité de la femme mariée.

Pothier est dans les mêmes dispositions ; la femme incapable d'aliéner et selon lui, comme conséquence de cette incapacité elle ne peut même pas recevoir seule le prix de ses biens aliénés, quoique l'aliénation ait eu lieu avec l'autorisation du mari. Il regarde en quelque sorte la créance du prix comme représentant l'immeuble aliéné ; il estime que la femme ne peut disposer de cette créance librement, qu'il faut donc la présence du mari pour que l'acheteur puisse se libérer valablement.

Rappelons ce que nous avons déjà dit au sujet du rachat d'une rente ; c'était un acte considéré comme une aliénation, et quoique ce fût une aliénation forcée, on exigeait la présence du mari à cet acte.

Bourjon admettait les mêmes solutions, avec cette différence toutefois, que le mobilier selon lui pouvait être librement aliéné et engagé par la femme. Brodeau admettait également l'aliénation par la femme de ses revenus et de ses meubles. Telle lui semblait devoir être en effet la conséquence de sa libre administration. « La femme, dit-il, peut sans le consentement et l'autorité de son mari disposer de ses meu-

« bles et revenus de ses immeubles, peut faire tous
« baux à loyer ou à ferme, donner quittance et s'obliger à l'effet de la séparation pour sa nourriture et
« entretien : mais non pour autre sujet, ni par
« aucune obligation, donation ou contrat qui affecte
« l'immeuble et emporte aliénation perpétuelle (1). »

Cependant même les auteurs qui reconnaissaient à la femme le droit d'aliéner son mobilier à titre onéreux, ne lui reconnaissaient pas le droit de l'aliéner à titre gratuit. Aliéner à titre onéreux semblait sans doute à ces auteurs rentrer dans l'administration de la femme ; aliéner à titre gratuit était au contraire pour eux quelque chose de fâcheux et que la morale devait réprouver. Bourjon lui-même met cette restriction « parce que, dit-il, la femme séparée est
« comparée à un mineur émancipé » ; et il ajoute :
« Elle ne pourrait sans autorisation donner son mobilier par donation entre-vifs, un tel acte n'étant pas
« d'administration, mais de pure dissipation. » Acte de pure dissipation ; or c'est justement ce que l'on a voulu éviter à la femme en lui accordant la séparation ; la mettre à l'abri de la dissipation du mari pour la livrer à son inexpérience serait chose bien folle et dangereuse. Bourjon cite à l'appui un arrêt du 7 août 1715 lequel a annulé une donation de 8000 livres qu'avait faite la comtesse d'Olonne, quoi-

1. BRODEAU SUR LOUET, lettre F.

que séparée de biens, mais sans autorisation du mari (1). Non seulement la femme ne pouvait faire une donation sans l'autorisation de son mari, mais par suite de son incapacité de s'obliger elle était incapable d'en accepter une sans l'autorisation de son mari. Ce principe avait été sanctionné par l'ordonnance de 1731 dans son article 9 ainsi conçu : *« Les femmes mariées, même celles qui ne seront communes en biens, ou qui auront été séparées par sentence ou par arrêt ne pourront accepter aucunes donations entre-vifs sans être autorisées par leur mari ou par justice à son refus. »* C'était la première consécration législative de l'incapacité de la femme mariée, même séparée de biens ; et le texte ajoute : *« N'entendons néanmoins rien innover sur ce point, à l'égard des donations qui seroient faites à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal dans les pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité. »*

Dans les pays de droit écrit le régime dotal romain était resté presque intact : la femme jouissait librement de ses biens paraphernaux et les administrait séparément sans jamais avoir à demander l'autorisation du mari. L'autorisation maritale était en effet une création des pays coutumiers et il est remarquable que jusqu'au Code civil cette institution coutu-

1. *Droit commun*, tome I, p. 587.

mière n'ait jamais eu d'effet dans les pays de droit écrit du Midi. Argou constate que dans les « Parlements de droit écrit l'autorisation est hors d'œuvre... « Pour ce qui est des biens paraphernaux, la femme « en peut disposer à toute sorte de titre, sans le consentement de son mari » (1). Toutefois Boucher d'Argis annotant Argou, fait remarquer que le Parlement de Paris a soumis à cette autorisation la femme mariée sous le régime dotal dans l'un des pays de droit écrit du ressort de ce Parlement ; sans doute parce qu'ici l'élément coutumier était trop fort et trop prépondérant pour ne pas l'emporter.

En ce qui concerne les successions la femme pouvait les accepter elle-même, mais elle devait être autorisée de son mari car en acceptant elle s'obligeait à payer les dettes, ce qu'elle ne pouvait faire seule. Mais après avoir accepté avec l'autorisation du mari aurait-elle pu procéder au partage ? Non, car du temps de Pothier le partage était considéré comme « une espèce d'aliénation » du droit de l'héritier sur les effets de la succession (2). En outre on n'admettait pas qu'un mineur émancipé pût provoquer seul un partage, « car, dit Pothier, l'émancipation ne lui « donne que le droit d'administrer ses biens, et ne « le rend pas habile aux actes qui tendent à l'aliéna-

1. ARGOU. *Inst. au droit français*, t. II, p. 97.

2. POTHIER. *Succ.* Ch. IV. Art. I et II.

« tion de ses immeubles ou à quelque chose qui y
« ressemble telle qu'est la demande afin de partage
« définitif. »

La femme étant assimilée au mineur émancipé ne pouvait pas davantage provoquer le partage des successions à elle échues et acceptées.

§ IV. — DES EXCEPTIONS APPORTÉES A CES RÈGLES PAR LES CONTRATS OU LA COUTUME.

Tels sont les principaux actes que la femmemariée ne pouvait faire seule : aliéner, hypothéquer ses immeubles, s'obliger de manière à engager toute sa fortune. Mais par exception dans certains cas ou dans certains lieux la femme avait une capacité plus étendue.

Tout d'abord au cas de séparation contractuelle, le contrat pouvait donner à la femme une capacité plus large ; il pouvait contenir des clauses d'autorisation générale. C'est à une de ces clauses que Dumoulin fait allusion dans son *Traité des fiefs* et dans un texte déjà cité quand il parle du cas où : *si tractatu matrimonii conventum sit... quod mulier libera de illis disponere posset sine consensu et autoritate viri.*

Au reste ces clauses jadis fréquentes dans les contrats n'ont pas toujours été regardées comme valables. Pour les actes qui dépassaient la capacité d'une femme séparée de biens et pour lesquels le mari devait l'autoriser, on en vint à exiger une autorisa-

tion spéciale, contemporaine de l'acte, afin qu'il y ait réellement autorisation et non abdication de puissance ; c'est le principe que nous appelons aujourd'hui principe de la spécialité de l'autorisation. Aussi en vint-on à ne plus attribuer de sens à ces autorisations générales données par le contrat de mariage, ou plutôt on les regarda comme ne conférant à la femme que les pouvoirs nécessaires à une libre administration, ce qui est bien différent. Malgré la clause du contrat, on exigea l'intervention spéciale de l'autorisation maritale pour tout acte dépassant la capacité normale de la femme. Bourjon, citant à l'appui de son opinion celle de Lebrun ainsi qu'un arrêt du 9 mars 1713 nous déclare : « La femme séparée peut
« aliéner avec l'autorisation de son mari ; mais une
« autorisation générale et portée par le contrat de
« de mariage ne suffit pas ; il faut une autorisation
« spéciale ; sans quoi l'aliénation serait nulle : tel
« est le sentiment de Lebrun en son *Traité de la*
« *communauté* (1). »

A lire Bourjon, cela aurait été un point absolument décidé et certain : une autorisation générale et portée au contrat de mariage ne saurait remplacer l'autorisation spéciale. Renusson au contraire nous laisse entrevoir que toute controverse n'était pas éteinte de son temps. Il pose ainsi la question :

1. BOURJON. *Dr. commun*, t. I, p. 512.

« Mais que dira-t-on lorsque, par le contrat de
« mariage, il y a clause de séparation de biens entre
« les conjoints, et que par le même contrat il est dit
« que la femme aura la libre disposition de ses
« biens, qu'elle pourra vendre, aliéner et hypothé-
« quer ses immeubles et que son mari l'a autorisée
« à cet effet? On demande si cette autorisation
« générale lui donne liberté de vendre, aliéner et
« hypothéquer? » Il expose alors deux opinions :

Pour la négative on aurait pu dire que cette convention n'était pas valable comme contraire à l'ordre public; il est de l'essence du mariage que la femme, quel que soit le régime matrimonial, soit soumise à la nécessité de l'autorisation maritale pour les actes graves; ce serait une loi d'ordre public contre laquelle nulle convention ne serait valable.

Mais notre jurisconsulte penche pour l'affirmative : une autorisation générale, selon lui, était suffisante parce que tout ce que demandait la coutume, c'est une autorisation sans autrement spécifier.

L'avis de Renusson n'était pas suivi par ses contemporains. Lebrun, dans son *Traité de la communauté* rejette la solution affirmative; Pothier fait de même dans son *Traité de la puissance du mari* (sect. IV, § 1, n^{os} 67 et s.) : « A l'égard des autres actes et
« contrats, l'autorisation du mari, dit-il, doit être
« expresse et spéciale pour le contrat qui se passe; les
« autorisations générales portées soit par une procu-

« ration, soit même par un contrat de mariage, par
« lequel un mari autorise sa femme à disposer comme
« bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner, et
« à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et
« de nul effet, étant contraires aux Loix, en ce qu'elles
« tendent à mettre les femmes hors de la dépen-
« dance en laquelle les Loix veulent que les femmes
« soient de leurs maris. » Pothier cite à l'appui de
son opinion un acte de notoriété du Châtelet de
Paris du 22 février 1695; il y est dit : « Nous attestons
« que l'article 223 de la Coutume de Paris s'observe
« exactement à la lettre, sans aucune restriction, de
« manière que toute femme mariée ne peut vendre,
« aliéner, ni hypothéquer ses immeubles, sans l'au-
« torisation expresse de son mari; que tous les actes
« faits sans autorisation expresse sont nuls, et que
« par conséquent *toutes les autorisations générales,*
« par des procurations, *par contrat de mariage,* ou
« autres actes, ne peuvent jamais suppléer ce que la
« coutume demande. » Il en est de même de deux
autres actes de notoriété du 12 novembre 1699 et
23 février 1708. Un arrêt de 1712 avait également
annulé de pareilles autorisations générales, et nous
lisons dans un arrêt du 26 juillet 1741 : « C'est un
« point absolument décidé qu'il faut une autorisation
« spéciale du mari pour que la femme séparée
« puisse faire aucuns actes qui tendent à l'aliénation
« de ses immeubles. »

On voit par là le chemin fait depuis le début du xvi^e siècle : la capacité de la femme est restreinte à ses dernières limites.

Mais tel n'était pas le droit reçu dans toutes les coutumes ; certaines se contentaient d'une autorisation générale : telle était la coutume de La Rochelle dans son article 23, celle de Berri, dans son chapitre I, article 21. La coutume de Montargis, chapitre VIII, article 6, admettait de plein droit que la femme pouvait aliéner ses immeubles ; il en était de même de la coutume de Dunois (art. 58).

Dans la coutume d'Auvergne la femme pouvait disposer de ses biens paraphernaux sans le consentement de son mari au profit de qui bon lui semblait, excepté en faveur de son mari (Chap. XIV, art 9) et par la coutume de la Marche elle pouvait disposer à titre onéreux, mais non par donation, sauf par don mutuel fait au profit du mari (art. 305). Mais il est bon de remarquer que ces deux coutumes étaient rédigées en pays de droit écrit où l'institution de l'autorisation maritale n'était point appliquée.

Il faut signaler également une particularité de la coutume de Bourgogne, rapportée par Guyot dans son répertoire, à l'article : *Séparation de biens*. Il était assez d'usage dans ce duché, lorsqu'on prononçait une séparation de biens, d'autoriser la femme à contracter et à aliéner, comme si elle n'était pas mariée. Plusieurs arrêts ont confirmé cet usage,

mais si le jugement de séparation de biens avait omis de donner à la femme cette capacité supplémentaire, toute aliénation que la femme aurait consentie sans autorisation aurait été nulle, et l'auteur nous cite à l'appui un arrêt du Parlement de Dijon du 1^{er} juillet 1649.

En Normandie existait également un régime spécial que rapporte Guyot dans son même ouvrage :
« En Normandie, dit-il, la femme séparée de biens a
« le droit *sans permission du juge et sans l'avis et le*
« *consentement de son mari, de vendre et hypothé-*
« *quer les meubles de quelque valeur qu'ils soient,*
« *ainsi que les immeubles qu'elle a acquis depuis la*
« *séparation.* C'est la disposition expresse de l'arti-
« cle 126 des placités. L'article 127 ajoute que la
« femme séparée de biens ne peut vendre ni hypo-
« théquer les immeubles qui lui appartenaient lors
« de sa séparation ou qui lui sont échus par succes-
« sion, sans permission de justice et avis des parents ;
« que néanmoins les contrats qu'elle en aurait faits
« sans ladite permission, pourront être exécutés sur
« ses meubles et sur le revenu de ses immeubles,
« après qu'il sera échu et amobilié. »

Nous trouvons dans ce texte une distinction entre les meubles, les fruits perçus, d'une part, et les immeubles, d'autre part. En ce qui concernait les meubles, la femme normande, séparée de biens, en avait la libre disposition ; en ce pays aussi on connaissait

bien la maxime : *Mobilium vilis possessio* ; de notre texte, il résulte aussi que la femme n'était pas en Normandie incapable de s'obliger, mais que ses obligations n'étaient exécutoires que sur son mobilier et le revenu des immeubles une fois « amobilié ». Cette solution qui n'avait pu triompher dans la coutume de Paris, avait été consacrée par les coutumes normandes. Mais ce qui est curieux et tout particulier à la Normandie, c'est cette distinction entre les immeubles que la femme possédait avant la séparation judiciaire et ceux qu'elle a acquis depuis autrement que par succession. La coutume fait deux parts : en ce qui concerne les biens immobiliers qui appartenaient à la femme avant la séparation, et en ce qui concerne également les biens qu'elle a acquis depuis par succession, elle ne peut les aliéner qu'avec le consentement du mari, ou autorisation de justice avec avis des parents. C'est là une trace de cette vieille habitude de conserver les biens dans les familles ; ce sont là des règles concomitantes des règles successorales coutumières : *paterna paternis, materna maternis*. La loi voulait que la femme conservât les biens pour ses enfants, pour ses parents : le sentiment de la conservation des biens dans les familles était ancré chez les Normands ; la coutume n'excluait pas les filles de la succession aux propres tant qu'il y avait des descendants mâles en ligne directe ou en collatérale ? C'est que les filles par leur mariage

portaient leur fortune dans une autre famille, et qu'en laissant une fille succéder aux propres, on aurait pu voir tous les *héritages* d'une famille passer à une autre : ce que la coutume ne voulait pas ; le patrimoine héréditaire devait être conservé intact, comme le nom dont il était destiné à rehausser l'éclat. C'est cet ensemble de règles concordantes qui ont réussi à donner à certaines familles une force de vitalité telle que leur nom et leur patrimoine ont pu être transmis à leurs descendants pour parvenir jusqu'à nous. En ce qui concerne les immeubles que la femme avait pu acquérir depuis la séparation, la coutume lui permet de les aliéner, puisqu'elle aurait pu ne pas les acquérir. Boullenois, en son *Traité de la personnalité des lois* (tome I, titre II, chap. III, observ. 23) résume admirablement la situation : « La « séparation l'émancipe en quelque manière pour « ses meubles et pour ses acquêts, et la laisse dans « sa première impuissance pour tout le reste. »

Telles étaient les principales exceptions à la règle de l'incapacité de la femme séparée de biens, telle qu'elle était comprise à la fin de l'ancien régime. Il nous reste à voir comment elle pouvait faire valoir ses droits en justice.

§ V. — DES ACTIONS.

Nous avons vu que la principale incapacité de la femme depuis la période franque jusqu'à la fin du

moyen âge était celle faire valoir ses droits en justice ; elle ne pouvait plaider parce que tout procès offrait de sérieux dangers, que la force était le seul moyen de triompher en présence d'une coutume aussi barbare que celle qui consistait à mettre les adversaires en champ clos et à les forcer à se combattre.

La coutume de Paris, article 224, relève la femme séparée de biens de cette incapacité d'ester en justice : *Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice et ladite séparation exécutée.* Mais de même que l'on a regardé la femme séparée comme incapable de s'obliger, de même on a vu là une capacité limitée ; Pothier nous dit que la femme séparée ne peut poursuivre ses droits en justice que parce qu'elle peut administrer, que c'est là une conséquence de son pouvoir d'administrer et que par suite, elle ne saurait intenter seule d'actions immobilières ou toutes autres qui pourraient l'engager sur ses immeubles. En disant cela Pothier était logique et se mettait d'accord avec son système et celui que suivait la majorité des jurisconsultes de l'époque. Néanmoins nous devons reconnaître que tel n'était pas l'esprit de la coutume, que celle-ci donnait à la femme capacité d'ester en justice sans restriction aucune : et telles étaient les décisions contenues, ainsi que nous l'avons vu, dans les premières sentences de séparation de biens. « Ce pouvoir que la coutume, dit

« Pothier, donne aux femmes séparées, d'ester en
« jugement, sans l'assistance de leurs maris, étant
« une suite du pouvoir que la séparation leur donne
« d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour
« cela de leur mari, il est évident que cette excep-
« tion ne doit s'entendre que des actions qui concer-
« nent l'administration de leurs biens, qu'elles peu-
« vent intenter et auxquelles elles peuvent défendre
« sans leurs maris (1). »

Ainsi la femme pouvait poursuivre un débiteur en paiement des intérêts de la dette, un locataire en paiement des loyers, etc.; elle pouvait même intenter une action mobilière, parce que son exercice rentrait dans les pouvoirs d'un administrateur. Ferrière, sur l'article 233 de la Coutume de Paris lequel dit que le mari est « seigneur des actions mobilières et possessoires de sa femme », nous apprend que cela ne s'entendait que du mari commun; au cas de séparation de biens c'était à la femme à poursuivre ses droits. Mais la femme n'aurait pas pu intenter, ni défendre valablement seule à une action immobilière et c'est pourquoi elle ne pouvait former de demande en partage de successions immobilières.

L'article précité de la Coutume de Paris ne vise que la séparation judiciaire, mais cette solution était applicable également au cas de séparation contrac-

1. POTHIER. *Traité de la puissance du mari*, n° 61.

tuelle, cela allait de soi : tel est le sentiment de Pothier interprétant un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 8 mai 1703 (*Traité de la puissance du mari*, n° 64).

..

Tel était le chemin parcouru depuis les invasions franques jusqu'à la Révolution.

Dans le Midi, le régime dotal s'était conservé à peu près intact, mais il n'était pas exclusif de toute modification; le régime de communauté au contraire avait réussi à influencer doublement les traditions romaines. On vit s'adjoindre des sociétés d'acquêts au régime dotal et on le vit soumettre à un régime de séparation de biens : régime de séparation de biens dans lequel la femme reprenait sa dot et l'administrait elle-même, mais régime qui n'anéantissait pas le régime dotal, car jamais les biens dotaux ne se sont confondus avec les paraphernaux.

Au Nord, s'était établi peu à peu un régime de communauté après une période indécise, pendant laquelle la femme semble avoir été assez indépendante, pour tomber ensuite dans l'incapacité de la femme commune, mais avec ce remède contre l'incapacité du mari à administrer ses biens : la séparation de biens judiciaire. A côté est née la séparation contractuelle. Les deux régimes modernes étaient créés,

mais aussitôt on tendit à restreindre la capacité de la femme séparée de biens comme on avait restreint celle de la femme commune. On arriva à la considérer comme une mineure, mais mineure émancipée jouissant seulement du droit de libre administration, et l'état du droit à la veille de la Révolution, à la veille du Code civil n'est nulle part mieux résumé que dans le livre de Lebrun. « La libre administration qui est donnée à la femme, par une sentence « de séparation ne comprend pas la disposition de « ses immeubles, mais de ses revenus. L'opération « n'opère précisément à cet égard que le même effet « que l'émancipation des mineurs, qui ne les autorise « que pour la gestion de leurs revenus et non pour « l'aliénation de leurs fonds. »

TROISIÈME PARTIE

LE CODE CIVIL

Le travail des jurisconsultes du XVIII^e siècle devait porter ses fruits ; leurs œuvres allaient se résumer dans les formules des diverses sections du Code civil des Français, et particulièrement en matière de capacité féminine, le Code devait, en quelque sorte, faire la synthèse de toutes les théories émises à ce sujet depuis la première rédaction des coutumes. Si l'on ajoute à cela l'influence personnelle de Napoléon, qui voulait que la femme soit « l'esclave » de l'homme, on comprend aisément l'omnipotence maritale établie par ce Code. La femme française a donc été consacrée définitivement incapable et son incapacité a été étendue. Pothier ne voyait en la femme une incapable que parce qu'elle était mariée ; si cette solution avait prévalu nous aurions pu en déduire les conséquences que voici :

1° Le mari seul aurait dû avoir l'exercice de l'action en nullité pour défaut d'autorisation ;

2° La ratification du mari donnée après coup devrait être capable de réhabiliter l'acte nul ;

3° Un mari même mineur devrait pouvoir autoriser sa femme.

Or aucune de ces conséquences n'est acceptée dans notre droit moderne :

1° Non seulement le mari peut faire annuler l'acte, mais encore la femme ou même ses héritiers ou ceux du mari (art. 225).

2° Un alinéa spécial qui prévoyait la ratification de l'acte annulable par le mari avait été mis dans l'article 217 du projet ; cet alinéa ayant disparu, on en conclut que même si le mari ratifie l'acte, la femme pourra encore agir en nullité, le mari ne pouvant pas, par son fait, la priver de son action.

3° Enfin quand le mari est mineur, la femme doit se faire autoriser par le juge (art. 224).

La femme mariée est donc incapable : l'article 1125 la met au même rang que les mineurs et les interdits. Système bien étrange, bien confus, d'autant que la femme non mariée n'est point incapable ; système qui tient à cette tendance marquée des anciens auteurs et de l'ancienne jurisprudence à restreindre la capacité de la femme mariée, système aujourd'hui critiqué et attaqué de tous côtés.

La femme séparée de biens devait échapper un

peu à cette incapacité générale, mais le Code n'a point voulu en faire une femme séparée d'intérêts comme la femme divorcée : il lui a simplement restitué, comme nos auteurs du dix-huitième siècle, une capacité générale d'administrer soit qu'elle adopte ce régime en se mariant, soit qu'elle obtienne une décision de justice, soit que, femme dotale, elle ait des biens paraphernaux. Comme Pothier, les auteurs du Code civil ont eu soin de laisser un degré entre le régime de séparation de biens et la simple exclusion de communauté, mais comme lui aussi, ils le présentent comme une modification extrême du régime de communauté ; la section IX, § 2, qui traite de la séparation de biens contractuelle, fait en effet partie du chapitre II du titre du Contrat de mariage, intitulé : de la communauté. Telle est aussi la pensée de Siméon dans son exposé des Motifs au Corps Législatif : « Cette clause (séparation de biens) « a plus d'effet que l'exclusion de communauté ; elle « laisse à la femme l'entière administration de ses « biens et la jouissance libre de ses revenus. En ce « cas le mari n'a que la puissance qui résulte du « mariage seul et qui défend toujours à sa femme « d'aliéner sans son autorisation, ou à son refus sans « celle de justice. »

Le régime dotal était dans l'ancien droit un régime séparatiste en ce qui concerne les paraphernaux ; il avait même plus d'effet que la simple séparation de biens puisque la femme dotale pouvait administrer,

aliéner, hypothéquer ses paraphernaux sans l'autorisation du mari, celle-ci étant inconnue en pays de droit écrit. En cette matière le Code civil marque un recul sur l'ancien droit : la femme dotale a été soumise pour ses paraphernaux à l'autorisation maritale tout comme la femme séparée de biens ; aussi les textes relatifs à l'administration de ces paraphernaux font-ils double emploi avec les textes du régime de séparation de biens auxquels il aurait suffi de renvoyer.

Depuis le Code civil un progrès a été réalisé : on avait en effet continué à assujettir la femme séparée de corps et de biens à l'autorisation du mari dans tous les cas où celle-ci était requise. C'était une source de vexations, de formalités, de frais et de lenteurs bien inutiles ; c'est ce que l'on a compris à la fin du XIX^e siècle et une proposition de loi qui visait la capacité des femmes séparées de biens est devenue loi du 6 février 1893 sur la séparation de corps ; cette loi a rendu à la femme séparée de corps la pleine capacité civile en la dispensant de recourir à l'autorisation du mari ou à celle de justice. (Art. 311).

Il nous reste à prendre les textes du Code civil et à voir comment la jurisprudence et la doctrine les interprètent ; nous constaterons que leur tendance finale est plutôt de restreindre la capacité de la femme, tant il est vrai que quand l'interprétation suit un même courant depuis des siècles, il est difficile de le lui faire remonter.

∴

En droit français, comme dans l'ancien droit, le régime de séparation de biens a deux sources principales :

1° Il est régime contractuel, et résulte des stipulations du contrat de mariage : son adoption par les futurs époux ne se présume pas ; les termes de la convention doivent être clairs et précis, sinon on pourrait plutôt interpréter la clause dans le sens d'une simple exclusion de communauté, ce qui est bien différent ; enfin nous venons de voir qu'il existe partiellement sous le régime dotal quand la femme ne se constitue pas tous ses biens en dot.

2° Il est aussi régime postérieur à un autre ; il est le remède apporté à la dissipation des biens de la femme par le mari ou à l'incurie, à l'insolvabilité de celui-ci. Il succède aussi bien au régime de communauté qu'au régime dotal, car même sous ce dernier, si protecteur des biens de la femme, le mari peut encore commettre des fautes d'administration, faire des détériorations diverses qui peuvent être lourdes de conséquences pour une femme dont le mari est insolvable. Seulement la dotalité subsiste même après cette séparation de biens et entraîne quelques dérogations aux règles générales de la séparation de biens, ce dont nous dirons quelques mots à la fin de cette étude.

Ce cas mis à part, nous pouvons étudier la capacité de la femme séparée de biens sans faire de distinction selon l'origine du régime ; malgré la dualité de textes, elle est partout la même. La seule différence c'est que la capacité de femme séparée établie par contrat de mariage est immuable, tandis que par la séparation de biens judiciaire, la femme n'acquiert qu'une capacité, qui, sans doute, peut être définitive, mais qui, malgré tout, reste provisoire, parce que les époux peuvent toujours, sous certaines conditions, faire revivre les règles de leur statut primitif.

La doctrine française avait établi un rapprochement entre la femme mariée et le mineur émancipé ; le Code civil n'a fait qu'accentuer ce mouvement ; le rapprochement est dans des textes absolument identiques : articles 481, 1449 et 1536. Ces deux derniers articles lèvent en partie l'incapacité établie dans l'article 217, comme l'article 481 lève en partie l'incapacité des mineurs, auxquels la femme a été assimilée dans l'article 1124. On rend à la femme séparée et au mineur émancipé la faculté d'administrer leurs biens ; on leur interdit de les aliéner, de s'obliger et de plaider, l'un sans l'assistance du curateur ou même l'autorisation du conseil de famille, l'autre sans l'autorisation maritale ou de justice.

La femme ne peut par contrat se réserver une plus grande capacité ; les autorisations générales, obtenues dans le contrat de mariage, ne sont point

reconnues aujourd'hui à cause de l'article 1388, et les juges ne peuvent pas, comme jadis en Bourgogne, accorder à la femme une capacité plus grande par sentence de séparation de biens. Duveyrier, au Tribunat, déclarait en un style emphatique : « Cette « règle sera inflexible et universelle ; et désormais « dans aucun mariage, quel que soit le régime de la « convention, la femme ne pourra réclamer pour la « disposition de ses biens, cette indépendance que « son intérêt réprouve, que la nature dément et que « la loi française refuse. »

Puisque telle est l'incapacité de la femme, le régime de séparation de biens ne peut apparaître que comme une exception au droit commun, comme un régime exceptionnel, dont les règles doivent s'appliquer étroitement, et nous verrons que c'est bien ainsi que la jurisprudence l'a envisagé.

Il y a lieu d'étudier séparément :

- 1° Les actes d'administration ;
- 2° Les aliénations ;
- 3° Les obligations ;
- 4° Les placements ;
- 5° Les actions.

CHAPITRE PREMIER

Les actes d'administration.

§ I. — LES TEXTES.

Nous avons dit que la comparaison entre le mineur émancipé et la femme mariée existait encore dans les textes, comme jadis dans les œuvres des jurisconsultes ; cela est exact, mais c'est une question de savoir si la capacité de la femme séparée de biens n'est pas un peu plus large que celle du mineur émancipé. L'article 1449 déclare en effet que la femme reprend « la libre administration » de ses biens ; l'article 1536 dit qu'elle en a « l'entière administration », tandis que l'article 481 n'attribue au mineur que la capacité de faire les actes de « pure administration. » Libre et entière administration d'une part, pure administration de l'autre ; il semble *a priori* que les mots aient été choisis à dessein. L'histoire sur ce point nous éclaire un peu : la *libera administra-*

tio à Rome emportait pouvoir de s'obliger et d'aliéner dans une certaine mesure ; Dumoulin reconnaissait à la femme *liberam potestatem et administrationem*, mais il semble bien qu'il ait assimilé celle-ci au mineur émancipé. Quant aux auteurs du XVIII^e siècle, ils connaissent encore la formule, mais ils l'emploient dans un sens restreint : tel est le cas de Lebrun. « La libre administration, dit-il, qui est donnée à la femme par sentence de séparation ne comprend pas la disposition de ses immeubles, mais de ses revenus :... l'opération n'opère précisément à cet égard que le même effet que l'émancipation des mineurs qui ne les autorise que pour la gestion de leurs revenus et non pour l'aliénation de leurs fonds. » Si donc nos rédacteurs du Code ont puisé leurs formules dans les œuvres d'un de ces auteurs, nous ne devrions pas, au point de vue historique, faire de distinction entre le texte de l'article 481 et celui de l'article 1449. Telle est en effet la solution donnée par Siméon, dans l'Exposé au Corps Législatif, ainsi qu'il résulte de l'extrait que nous avons rapporté ci-dessus (p. 123).

Cependant la doctrine et même la jurisprudence ont pensé que s'il y avait une différence dans les textes, il y en avait aussi dans les conséquences juridiques et qu'il fallait chercher.

Qu'est-ce donc que l'acte d'administration ?

En droit civil l'on distingue l'acte d'administration

de l'acte de disposition : tandis que ce dernier a pour objet la consommation de tout le profit que l'on retire d'un droit, et par suite, même l'extinction de ce droit, le premier n'est qu'un acte de jouissance active du droit, le moyen d'en retirer un profit sans éteindre ce droit, et, en se réservant pour l'avenir, le moyen de retirer encore d'autres profits semblables. Quand je vends un mouton, je fais un acte de disposition, j'use de mon droit de propriétaire, mais je le consomme aussitôt ; je ne pourrai plus renouveler cet acte ; si, au contraire, je le tonds pour vendre sa laine, je fais un acte de jouissance que je pourrai renouveler à pareille échéance. On peut dire que d'une façon générale les actes de disposition engagent d'une façon définitive l'avenir (aliénations, constitutions d'hypothèques, de servitudes) ; les actes d'administration, au contraire, ont pour propre de n'engager l'avenir que pour un temps fort court et par suite peuvent être renouvelés : tels sont les baux et tous autres actes par lesquels on peut s'assurer un revenu périodique, même en argent en conférant à autrui la jouissance de sa propre chose. « L'acte « d'administration, c'est celui qui, ainsi que le dit « M. Paul Goldschmitt, ne met en jeu que les res- « sources présentes du patrimoine, celui dont la « réalisation immédiate ne porte que sur les élé- « ments actuellement y existants, celui dont l'exécu- « tion peut se produire incessamment, et qui trou-

« vera son équivalent, dans ce qui, dans le patri-
« moine, est destiné à faire face aux engagements
« qui le grèvent (1). »

Cette distinction est intéressante au point de vue de la capacité des personnes : le propriétaire pleinement capable peut faire des actes de disposition tout comme les actes d'administration, mais les incapables ou plutôt ceux qui ne jouissent que d'une demi-capacité, ne peuvent faire en général que des actes d'administration. Seulement quand on sait cela, on n'est pas encore trop avancé, car « on reconnaît vite, « dit M. Planiol, que la distinction des actes d'adminis-
« tration et des actes de disposition est variable
« et change de portée selon la qualité de la personne que l'on envisage (2). » Quand il s'agit des administrateurs des biens d'autrui, il faut entendre l'acte d'administration dans son sens le plus restreint parce qu'ils ne sont pas propriétaires. C'est pourquoi quand la loi parle du mari qui « administre » les biens de la communauté, elle emploie un terme trop étroit, puisque le mari, seigneur et maître des biens communs, peut les aliéner. Au contraire, c'est au sens le plus restreint du mot qu'il a « l'administration » des biens personnels de sa femme, puisqu'il ne peut les aliéner et que, même en ce qui concerne les baux,

1. PAUL GOLDSCHMITT. *Étude sur l'acte d'administration*. Paris, 1898.

2. M. PLANIOL. *Droit civil*, tome I, § 968.

la loi a eu soin de mettre une limite à son pouvoir d'administration (art. 1429).

Le mineur émancipé a l'administration de ses biens ; on est d'accord pour lui reconnaître le droit de toucher ses revenus, faire des baux de neuf ans, faire de simples réparations d'entretien, mais là s'arrêtent les pouvoirs que lui reconnaît l'article 481.

Si l'on admet que l'opinion de Lebrun a été celle des auteurs du Code civil quand ils ont rédigé les articles 1449 et 1536, il faut dire que telle est aussi la capacité de la femme mariée : c'est l'opinion qui semble avoir prévalu comme plus conforme aux textes. Dans l'opinion contraire, on dit que les législateurs ont employé à dessein les mots libre et entière administration, pour montrer qu'il y avait une différence avec le mineur émancipé. Mais l'histoire nous apprend qu'un auteur, presque contemporain des rédacteurs du Code, employait ces termes sans qu'il ait l'intention d'établir une différence notable entre la femme et le mineur émancipé : cet argument tombe donc. Au reste dans l'article 1576 sur l'administration des biens paraphernaux, pour lesquels les rédacteurs du Code ont regardé la femme dotale comme une femme séparée de biens, la loi dit simplement qu'elle en a « l'administration et la jouissance » sans faire précéder ces termes d'aucun qualificatif. Or il n'est pas présumable en présence de leur volonté connue d'assimiler la femme dotale à la

femme séparée de biens en ce qui concerne ses paraphernaux, que les législateurs aient voulu établir une différence de capacité et donner tantôt une administration étendue, tantôt une simple administration.

Laurent croit cependant qu'il y a lieu de s'en tenir à la lettre du texte et de reconnaître à la femme séparée de biens une capacité plus étendue qu'au mineur émancipé (1).

M. Guillouard (2) estime aussi que la capacité de la femme est plus étendue : « L'article 1449 dit que
« la femme reprend la libre administration de ses
« biens. Ces expressions, dit-il, signifient d'abord que
« la femme pourra administrer sa fortune librement
« sans avoir d'autorisation à demander à son mari.
« Mais nous croyons qu'elles signifient autre chose
« et qu'elles veulent dire que la femme aura des pou-
« voirs d'administration étendus, et non les pouvoirs
« limités qui appartiennent d'ordinaire à un adminis-
« trateur. Il y a deux motifs de cette extension des
« pouvoirs de la femme : en premier lieu, elle admi-
« nistre sa propre chose, et, à ce point de vue, il n'y
« a pas lieu de soumettre son administration aux res-
« trictions apportées aux pouvoirs de celui qui gou-
« verne la chose d'autrui ; en second lieu la femme

1. LAURENT. *Droit civil*, XXII, n° 293.

2. GUILLOUARD. *Traité du contrat de mariage*, t. III, sur art. 1449.

« majeure est d'après nos lois aussi capable que
« l'homme et, du moment où l'on restitue à la femme
« mariée une administration dont le mari n'est pas
« digne, aucune raison n'existe pour y apporter des
« entraves. » Sans doute M. Guillouard a raison : la
femme administre sa propre chose ; elle est majeure
et par conséquent capable, mais dans notre droit l'incapacité n'est pas attachée au sexe ; le Code, comme
les coutumiers, a attaché cette incapacité à la condition de femme mariée ; le principe de cette incapacité domine tous les régimes ; le Code en parle
au titre du mariage, montrant bien par là la volonté
des législateurs de faire préexister cette incapacité,
quel que soit le régime matrimonial, et la question
est de savoir ce que le régime de séparation rend à
la femme. Il est certain qu'il ne lui rend pas toute sa
capacité puisque la femme ne peut aliéner ses
immeubles. Que lui rend-il ? Telle est la question :
M. Guillouard n'y a pas répondu.

MM. Rodière et Pont essayent aussi de donner un
sens à ces mots : libre administration. « La femme
« séparée de biens, disent-ils, en reprend la libre
« administration, que signifient ces mots : libre
« administration ; Ils signifient apparemment que
« la femme reprend l'administration de tous ses
« biens indistinctement ; l'administration entière,
« comme dit l'article 1537 ; qu'elle administre dans
« son seul intérêt, c'est-à-dire qu'elle a la jouissance

« comme disent les articles 1537 et 1576; qu'enfin
« elle peut faire de sa seule volonté, et sans avoir
« jamais besoin de l'autorisation de son mari ni de
« la justice, tous les actes réputés de simple admi-
« nistration, à la différence des administrateurs des
« établissements publics ou des sociétés dont les
« pouvoirs relativement à l'administration elle-même
« sont ou peuvent être considérablement restreints.
« La femme peut donc sans nul doute recevoir non
« seulement les intérêts de ses capitaux mais encore les
« capitaux eux-mêmes...(1). » Nous approchons de la
vérité : dire que la femme a la libre administration,
c'est dire qu'elle ne sera pas gênée dans son administra-
tion par des règles étroites, par l'immixtion du mari ou
de la justice, mais cela ne veut pas dire qu'elle puisse
faire des actes qui ne sont plus des actes d'adminis-
tration ; mais quels seront ces actes d'administration ?
Quelle est la limite entre l'administration et l'acte
de disposition ? Là est la question difficile. Pour le
mineur émancipé la réception d'un capital mobilier
est trop grave et dépasse sa capacité ; qu'en est-il
pour la femme séparée, nous le verrons plus loin.

MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville(2)
pensent qu'il faut toujours établir le parallèle entre
la femme séparée de biens et le mineur émancipé,

1. RODIÈRE ET PONT. *Contrat de mariage*, t. III, p. 657.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS ET SURVILLE, *Contrat de mariage*, t. III, séparation de biens.

mais que toutefois il y a une différence, tenant à ce que la femme a une administration libre, entière ; ils croient que ces mots ont été juxtaposés à dessein pour empêcher le mari de s'immiscer dans cette administration.

Tel est également l'avis de M. Planiol (1) qui estime que la capacité de la femme séparée de biens et celle du mineur émancipé sont identiques.

Nous croyons que telle est la vraie solution en présence des antécédents historiques, de la volonté des législateurs de ne point diminuer l'incapacité de la femme mariée, mais plutôt de l'aggraver et enfin à cause de cet article 1576 qui ne parle que de l'administration et la jouissance par la femme dotale de ses biens paraphernaux, alors que nous savons qu'il y a assimilation entre la femme dotale pour ses paraphernaux et la femme séparée de biens. Quant aux mots il n'y a pas lieu de s'y attacher aussi étroitement qu'il peut sembler à première vue. Néanmoins il est difficile de donner une formule qui puisse servir de critérium pour reconnaître un acte qui dépasse la capacité de la femme séparée de biens ; il faut dans chaque cas rechercher les conditions dans lesquelles l'acte se présente et en déduire si c'est un acte d'administration ou un acte excédant la capacité

1. PLANIOL, *Droit civil*, t. III, 2^e éd., n° 1445.

de la femme mariée. La jurisprudence a déjà examiné un certain nombre de questions ; néanmoins beaucoup de points restent obscurs ; il serait préférable de choisir une formule plus large et qui laisserait moins d'incertitude.

Dans l'état actuel des textes on considère comme actes d'administration rentrant dans la catégorie de ceux que la femme séparée de biens peut faire, les actes suivants : les baux, perception de revenus et emploi, louage de choses, louage de services, les achats usuels, les menues réparations, conversion de titres nominatifs en titres au porteur, partage mobilier, etc. Il y a des points sur lesquels il n'y a pas lieu d'insister : que la femme puisse percevoir librement ses revenus, cela n'est pas douteux, puisque la séparation de biens est établie principalement dans ce but là ; elle pourrait d'ailleurs donner mandat à son mari de les toucher, ce qui ne le mettrait pas dans la même situation que sous le régime de communauté, car il serait mandataire au lieu de seigneur et maître ; enfin ce mandat est toujours révocable ; la femme est libre de reprendre à son gré l'administration et la perception de ses revenus. La matière du louage présente quelques difficultés, notamment en matière de baux, ce sera l'objet d'un paragraphe spécial ; nous parlerons ensuite des conversions de titres, du partage mobilier et de l'emploi des revenus. Il reste un point controversé, c'est la

réception d'un capital mobilier qui fera également l'objet d'un autre paragraphe.

§ II. — LE CONTRAT DE LOUAGE.

Le contrat de louage sous ses divers aspects donne lieu à diverses questions quant à la capacité de la femme séparée de biens. Louage de choses : la femme peut-elle donner à bail ses immeubles, louer ses biens ? Peut-elle au contraire prendre un immeuble à bail ? Louage de services : peut-elle louer ses services, s'engager sans l'autorisation de son mari à la différence de la femme commune ou au contraire reste-t-elle soumise à la loi commune ? Peut-elle engager seule les services d'un tiers ?

I. — Louage de choses.

A. — *Baux des immeubles de la femme.*

La femme peut donner ses immeubles à bail, bail à loyer ou bail à ferme, peu importe ; cela rentre dans les pouvoirs de tout administrateur quel qu'il soit : mari, tuteur, usufruitier, mineur émancipé, etc... Mais la loi française a établi en ce qui concerne les administrateurs de biens d'autrui une règle spéciale : ceux-ci ne peuvent louer les immeubles qu'ils admi-

nistent pour une durée de plus de neuf ans ; tout bail d'une durée supérieure à neuf ans n'est point nul, mais réductible à neuf ans : article 1429 pour le mari, 595 pour l'usufruitier, 1718 pour les tuteurs des mineurs. Cette règle posée au titre du Contrat de mariage est devenue le droit commun pour tout administrateur des biens d'autrui ; on en a conclu que le bail de plus de neuf ans n'était pas un acte d'administration et qu'il ne pouvait être fait que par ceux ayant la libre disposition de leurs biens. La femme séparée de biens doit-elle être soumise à cette règle restrictive ?

A première vue il semble que non : le bail est un acte d'administration, or la femme a une administration libre, donc elle ne doit être gênée par aucune règle restrictive ; d'autre part la règle dont s'agit a été faite pour des administrateurs de biens d'autrui : le mari, de ceux de sa femme ; le tuteur, de ceux de son pupille ; l'usufruitier, des biens du nu-propriétaire. Les articles 1429, 595 et 1718 ont eu pour but d'empêcher ces personnes d'engager l'avenir pour une trop longue période et de gêner le véritable propriétaire quand il reprend l'administration de son patrimoine. Mais dans notre cas qui pourrait-on gêner ? Personne évidemment : la femme n'aura qu'à s'en plaindre à elle-même si plus tard, elle a besoin de l'immeuble par elle loué et que le bail ne soit pas expiré. Une fille majeure ne pourrait-elle pas le faire ?

MM. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville semblent opiner en faveur de ce système, car ils font observer que la femme doit avoir plus de pouvoirs qu'un mineur émancipé.

Néanmoins cette opinion n'a pas prévalu : les baux de plus de neuf ans, a-t-on dit, sont considérés dans notre droit comme dépassant les pouvoirs d'un administrateur, comme n'étant plus du domaine de la simple administration. L'acte d'administration, avons-nous vu, est celui qui ne met en jeu que les ressources présentes du patrimoine. On a considéré qu'un bail engageant l'avenir pour une durée fort longue était plus qu'un emploi des ressources présentes du patrimoine. C'en est pas à proprement parler un acte de disposition ; c'est, si on veut, un acte mixte, mais c'est un acte grave parce qu'il engage l'avenir. La fortune de la femme peut se trouver un jour compromise par ce long bail : un immeuble vendu avec un bail de longue durée se vend mal ; d'autre part la femme se prive des chances de hausse des loyers. Voilà pourquoi on refuse d'abord au mineur émancipé, puis par extension à la femme séparée de biens, le droit de faire des baux d'une durée supérieure à neuf ans. Telle est l'opinion généralement suivie dans la doctrine (1) ; telle est aussi celle

1. Cf. RODIÈRE ET PONT, *Contrat de mariage*, tome III, p. 567. — GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. III. — PLANIOL, *Dr. civil*, 2^e éd., III, n^o 1146.

de la jurisprudence : un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 12 mars 1859 a déclaré réductibles les baux de plus de neuf ans (D., 60.5.350).

Le bail de plus de neuf ans en effet n'est pas déclaré nul, il est réductible; Laurent nous dit que « le bail de plus de neuf ans est nul comme acte de disposition ; il est valable comme acte d'administration (1) » ; c'est-à-dire que la femme ne sera tenue de l'exécuter que pour neuf ans : pour le surplus elle sera fondée à en demander la nullité, elle ou son mari conformément à la théorie générale et à l'article 225 du Code civil. Le preneur à bail ne saurait nullement invoquer cette nullité si le mari ni la femme ne l'invoquent (2). En ce sens également le jugement précité du 12 mars 1859 dont voici l'un des attendus : « Qu'en effet, quoique séparée de corps et de biens, « elle ne pouvait faire seule que des actes de pure « administration ; qu'un bail ne rentre dans cette caté- « gorie qu'autant que sa durée n'excède pas neuf « années ; mais que dans ces limites le bail est vala- « ble et doit être exécuté. » Au reste ce système est conforme à la théorie générale sur la matière, exposée par le Code dans les articles 1428 et 1429.

Et dans cette limite il est entendu que l'administration de la femme sera libre et entière ; le mari

1. LAURENT. *Droit civil*, tome, 22 n° 294.

2. LAURENT. *Ibid.*

n'aura même pas à voir si le prix du bail est suffisant ; la femme peut le fixer comme bon lui semble (Douai, 24 juillet 1865. D., 66.2.29). Toutefois nous croyons qu'il faut qu'il y ait un prix réel ; autrement ce serait une donation et la question de savoir si elle serait valable, sera examinée plus loin. D'autre part même s'il y avait un prix, on peut encore concevoir une action de la part du mari, si le prix est frauduleux : il ne faut pas en effet oublier que, quoique séparée de biens la femme doit contribuer aux charges du ménage. Or si la femme faisait des baux dont les prix fussent si bas, qu'elle se mît dans l'impossibilité de contribuer d'une façon raisonnable aux charges du ménage, le mari aurait comme tout créancier l'action Paulienne ou fraudatoire de l'article 1167. Mais comme tout créancier intentant cette action il serait soumis aux conditions de preuve spéciales à la matière, d'où la différence avec un mari qui intente une action en nullité pour défaut d'autorisation. En ce sens M. Guillouard dans son *Traité du contrat de mariage* et l'arrêt de Douai du 24 juillet 1865 (D., 66.2.29) dont nous retiendrons ceci : « Attendu en droit que la femme séparée de
« biens en reprend la libre administration ; que la
« loi n'apporte aucune restriction à l'administration
« de la femme et n'accorde pas un droit de contrôle
« au mari ; que notamment le mari ne peut deman-
« der la nullité des baux consentis par la femme en

« se fondant sur la lésion que cette dernière éprou-
« verait à cause de la vileté du fermage ; que la
« femme aux termes de l'article 1448 du Code Napo-
« léon doit contribuer, suivant les circonstances, pour
« le tout ou pour partie, aux frais du ménage et à
« ceux d'éducation des enfants communs ; que si les
« actes d'administration consentis par la femme ont
« pour but et pour effet de soustraire cette dernière
« à l'obligation qui lui est imposée par l'article 1448
« le mari peut user de la faculté accordée par l'arti-
« l'article 1167 à tout créancier d'attaquer les actes
« faits par le débiteur en fraude de ses droits ; que
« ce droit du créancier ne peut être utilement exercé
« qu'à la condition d'établir le préjudice éprouvé et
« l'intention de nuire de la part du débiteur et du
« tiers avec qui il a contracté. »

De son côté la femme est absolument libre d'empêcher le mari de fixer le domicile conjugal dans un de ses immeubles quand elle veut le louer pour en tirer un meilleur profit. Ici c'est le droit de la femme qui l'emporte sur celui du mari : ce dernier peut fixer le domicile conjugal où bon lui semble, mais il ne peut le fixer malgré sa femme dans un immeuble de celle-ci, parce que ce ne serait plus un usage de son droit, mais une voie de fait envers sa femme qui pourrait le faire expulser. En ce sens deux arrêts : Caen, 8 avril 1851. (S., 51.2.62) et Bordeaux, 28 juillet 1881 (*Journal du Palais*, 1882, p. 434). On lit

dans les considérants de ce dernier : « Considérant
« que la maison appartenant en propre à l'épouse G...
« constitue à peu près toute sa fortune ; qu'elle a
« donc le plus grand intérêt à la louer dans des con-
« ditions qui lui permettent d'obtenir le prix de loca-
« tion le plus élevé ; qu'en persistant à se maintenir
« dans cet immeuble sous prétexte qu'il entend y
« fixer le domicile conjugal, G... rend la location
« impossible, prive la femme de ses seules ressour-
« ces et supprime la libre administration dont elle a
« été investie. » Tel est le vrai motif : il ne faut pas
que le mari puisse en aucune façon entraver le droit
d'administration de la femme et c'est en ce sens que
la loi a dit que celle-ci était libre et entière. Mais
quand on est dans le domaine des baux, il y a un
certain nombre de difficultés qui se présentent, car
il y a de nombreuses variétés du bail : certes la
femme peut faire le simple bail à loyer ou à ferme,
mais peut-elle aller au delà ?

On s'est demandé si la femme pouvait concéder
seule l'autorisation d'extraire des pierres d'une car-
rière : la négative est soutenue, car il y a concession
non plus d'un simple droit de jouissance, mais d'un
droit de disposition ; la richesse de la carrière con-
siste dans l'existence de filons de telle ou telle caté-
gorie de pierres plus ou moins précieuses, or à cha-
que extraction faite la valeur de cette carrière
diminue, pour un jour n'avoir d'autre valeur que

celle de tout terrain inculte ; il y a donc dans l'acte de concession d'une carrière un acte de disposition qui engage plus que les ressources présentes du patrimoine : par conséquent la femme ne peut jamais faire un tel acte. Tel est l'avis de MM. Lecourtois et Surville. La Cour de Douai dans un arrêt du 10 décembre 1872 (D., 73.2.92) a annulé un contrat par lequel une femme séparée de biens avait, sans autorisation du mari, fait concession du droit d'extraire des phosphates de chaux d'un terrain lui appartenant ; la Cour a considéré qu'il y avait là plus qu'une aliénation de fruits, mais une véritable aliénation d'une partie du sol et sous-sol.

La femme pourrait-elle donner son immeuble à bail sous forme de colonage partiaire ? Avant 1889 on aurait distingué : le colonage partiaire était considéré par les uns comme un contrat de société, ceux-là auraient dit : si le contrat de société est interdit à la femme non autorisée, elle ne peut donner ses biens en colonage. Au contraire ceux qui disaient que ce colonage partiaire n'était qu'un simple louage auraient admis la femme à donner ses immeubles à bail à un colon : un arrêt de Bordeaux a validé une telle convention dans le cas où la femme est preneur. La loi du 18 juillet 1889 a refondu le métayage ou colonage et il résulte des travaux préparatoires que l'on en a fait un contrat d'une nature mixte. La femme ne peut-elle plus donner ses immeubles à bail à un mé-

tayer? Nous croyons qu'il faut encore lui reconnaître ce droit ; d'abord parce que c'est avant tout un contrat de louage ; la loi du 18 juillet 1889 dans ses articles 4, 7 et 13 (1) a rendu applicables au métayage bon nombre de règles du louage. Les règles de la société n'existent guère que pour le partage. Mais en somme la femme n'engage que ses revenus ; elle n'engage pas l'avenir ; interdire ce contrat à la femme non autorisée ce serait très gênant dans certaines contrées de la France centrale, de l'ouest et du sud-ouest où la majorité des fermes sont prises à bail par un métayer. Bien entendu il ne faudra pas que le bail soit contracté pour une durée supérieure à neuf ans, sinon il serait réductible conformément à la règle admise (Art. 13 loi du 18 juillet 1889 et 1718 du Code civil).

Au contraire de ce que nous venons de dire pour le métayage, la femme séparée de biens ne saurait faire seule un louage emphytéotique ; on sait qu'un tel contrat exige une capacité plus grande que celle de la femme mariée : 1° la durée est toujours de dix-huit ans au moins (loi du 25 juin 1902) ; 2° l'article 2 déclare expressément que « le bail emphytéotique ne
« peut être valablement consenti que par ceux qui
« ont le droit d'aliéner, et sous les mêmes conditions
« et dans les mêmes formes » :

1. Cet article 13 renvoie notamment à l'article 1718 du Code civil relatif à la durée des baux.

Ce n'est donc pas un acte d'administration : la femme devra se faire autoriser par son mari ou par justice.

B.— *La femme preneur à bail.*

Nous avons vu que la femme peut donner à bail ses immeubles propres ; elle peut également prendre un immeuble à bail et notamment faire ce bail pour le logement de sa famille. C'est même principalement dans ce but que bien des femmes demandent la séparation de biens judiciaire : tous les jours, à Paris, les tribunaux prononcent la séparation de biens au profit de femmes qui n'ont plus absolument rien, qui n'ont même jamais rien eu, et ce dans le but vague de sauvegarder des revenus futurs ; en réalité c'est pour permettre à ces femmes de prendre elles-mêmes un logement à bail, d'y porter le mobilier de la famille, et de le mettre ainsi à l'abri des nouvelles poursuites des créanciers du mari. Celui-ci peut être alors poursuivi, lorsque l'huissier viendra pour saisir, on lui déclarera que le mari habite chez sa femme ; on montrera des quittances, le bail ; quant au mobilier, en fait de meubles possession vaut titre, et ainsi la saisie sera impuissante devant ce subterfuge. C'est malheureusement là un moyen trop fréquent d'abuser d'une institution qui, dans son principe, est excellente et très utile, mais qui, entre les mains de gens

peu scrupuleux devient un moyen de fraude contre les créanciers.

Mais comme pour les baux qu'elle consent, la femme ne peut prendre à bail un immeuble pour plus de neuf ans. Quant au prix il reste indifférent pour la validité du contrat.

La jurisprudence consacre ces diverses solutions : L'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 22 février 1878 (*Journal du Palais*, 1878, p. 1144) qui a admis la validité d'un contrat par lequel une femme avait pris un immeuble à bail de colonage partiaire n'est que l'application de tous ces principes. La Cour a considéré ce contrat, comme rentrant dans la catégorie des actes d'administration que la femme peut faire dans le but d'utiliser son industrie et de vivre des produits de son travail. Le contrat est valable même si la femme a accepté dans le bail de lourdes charges, comme dans l'espèce, où elle payait une somme de cinq cents francs et donnait la moitié de sa récolte de froment et de vin.

II. — Louage de services.

De même qu'elle peut faire un louage de choses sous ses deux aspects, la femme peut-elle soit louer les services de quelqu'un soit louer les siens ?

Ence qui concerne le louage des services d'autrui, la femme doit être reconnue capable, surtout lors-

qu'il s'agira d'engager les domestiques de la maison. En fait une femme mariée sous le régime de communauté engage elle-même ses domestiques et on admet que le mandat tacite du mari peut s'étendre jusqu'à louer les services des gens de maison. La femme séparée de biens le fera par elle-même, en s'obligeant elle-même. Jusqu'où peut aller cette faculté d'engager des domestiques, je crois que c'est une question de fait. La femme aura pour limites une juste proportion avec ses revenus, il sera d'ailleurs rare qu'elle ait à engager beaucoup de personnel.

En ce qui concerne le louage fait par la femme de ses propres services, il n'est pas admis qu'une femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, puisse se choisir librement une profession. Il ne faut pas oublier que la femme séparée de biens est toujours sous la puissance du mari, que celui-ci peut la forcer à le suivre en quelque lieu qu'il veuille habiter ; il ne faut pas que la femme, par ses engagements envers un patron, puisse mettre obstacle à ce pouvoir du mari, celui-ci est chef de famille : à lui d'apprécier si le travail que la femme fera à la maison ne sera pas plus utile à la famille que le gain qu'elle pourrait faire en se mettant au service d'autrui. A cela s'est ajoutée une autre considération en ce qui concerne les professions publiques : la femme porte le nom du mari ; les auteurs estiment que la femme n'a pas le droit de faire de ce nom ce que bon lui semble

sans l'autorisation de celui de qui elle le tient, qu'en conséquence les tribunaux même au refus du mari étaient incompétents pour autoriser une femme à contracter un engagement théâtral. La controverse était très vive avant 1893, car les tribunaux étaient surtout appelés à intervenir au cas de séparation de corps où le mari se serait bien gardé d'autoriser sa femme à se choisir une profession : les époux étant en désaccord il fallait recourir à une demande en justice : la loi du 6 février 1893 a mis fin à cette controverse en rendant à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile ; elle peut donc aujourd'hui se choisir librement une profession.

§ III. — CONVERSION DE TITRES NOMINATIFS EN TITRES AU PORTEUR.

On s'est demandé si la femme qui avait capacité d'administrer librement sa fortune pouvait convertir des titres nominatifs en titres au porteur. A première vue il peut sembler étrange qu'on puisse se poser une telle question : il ne s'agit pas d'aliéner, il y a simple échange de la forme du titre ; qu'on ait 100 francs en cinq pièces de 20 francs ou en un billet de banque, l'on possède toujours la même fortune ; il en est de même du titre au porteur ou du titre nominatif, en mettant à part la petite différence tenant au mode différent de perception de l'impôt.

Néanmoins la question a été jadis très controversée et a donné et donne encore lieu à deux doctrines différentes.

Une première doctrine était soutenue par les compagnies de chemins de fer qui se refusaient absolument à faire la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur, demandée par une femme sans l'autorisation de son mari. Cette doctrine que défendit alors M. Lyon-Caen, soutenait que l'acte était l'équivalent d'une aliénation parce que le plus souvent il en était la préparation : le titre au porteur en effet se transmet de la main à la main et une fois un tiers en possession, il aura à son service la maxime de l'article 2279 : *En fait de meubles possession vaut titre* ; la femme se sera dépouillée sans autorisation et d'une façon irrémédiable, sans compter encore les nombreuses chances de perte et de vol. « La femme séparée de
« biens, disait M. Lyon-Caen, ne peut pas sans l'autorisation de son mari ou de justice, opérer la conversion de ses titres. Car suivant la doctrine générale la femme séparée de biens n'a la capacité
« d'aliéner seule ses meubles que pour les besoins
« de son administration. En faisant convertir ses
« titres, elle arriverait à dissiper son patrimoine
« mobilier et échapperait ainsi à l'obligation de subvenir sur ses revenus aux besoins du ménage. »

Cette doctrine n'a pas prévalu : certes la femme ne peut aliéner seule son mobilier quel qu'il soit,

mais la question était de savoir si c'était là un acte d'aliénation; or par elle-même et prise en soi, la conversion de titres nominatifs en titres au porteur n'est pas une aliénation du capital; la femme reste obligataire ou actionnaire au même titre qu'avant la conversion et aucune dépréciation de valeur ne s'en suit pour le titre transformé. Quant aux dangers que peut présenter l'opération dans ses conséquences, ce sont là d'excellentes considérations mais qui ne peuvent avoir leur valeur qu'en théorie législative, et qui n'en ont aucune dans l'interprétation actuelle des textes.

C'est ce qu'ont compris nos Cours et tribunaux et avec eux la majorité de la doctrine; il est admis aujourd'hui que la femme séparée de biens peut librement convertir des titres nominatifs en titres au porteur. Le premier arrêt qui a donné quelque retentissement à la question est celui de la Cour de Paris du 12 juillet 1869 à propos duquel M. Lyon-Caen rédigea la note dans laquelle il expose sa doctrine (S., 1869. 2. 321). Il se prononça nettement pour la capacité de la femme séparée de biens: « Considérant qu'en effet la femme T... ne consomme par
« là aucune aliénation de ses biens; qu'elle conserve
« contre son débiteur sa créance; qu'elle ne fait que
« mettre cette créance sous une forme jugée par elle
« plus avantageuse, soit en vue d'une transaction
« plus facile; soit en vue de la perception de l'im-

« pôt; qu'opter entre les deux formes que la loi lui
« permet de donner à son titre... est ainsi une me-
« sure qui, étrangère à toute aliénation, ne peut
« que rentrer dans le domaine de la libre adminis-
« tration. »

La compagnie de chemin de fer s'étant pourvue en cassation, la Chambre des requêtes rendit un arrêt du 8 février 1870 (S. 70. 1. 189) qui se prononçait dans le même sens. La question fut posée une seconde fois devant la Cour de Paris le 4 mars 1875 (D. 76. 2. 158), puis devant la Chambre des requêtes de la Cour de cassation qui rejeta encore le pourvoi, et, depuis, la question est définitivement tranchée dans le sens de la validité de l'opération faite par la femme seule.

Cette jurisprudence avait entraîné des conséquences regrettables au point de vue de l'administration des biens des mineurs : le Code ne disait rien des pouvoirs du tuteur sur les valeurs mobilières de son pupille, et ce, parce que, lors de sa rédaction, les fortunes mobilières étaient rares, qu'on connaissait peu les titres de bourse et qu'on ne se doutait pas de leur avenir. Aussi en présence de décisions qui voyaient dans la conversion de titres nominatifs en titres au porteur un simple acte d'administration, qui, dès lors, était permis au tuteur seul, on s'émut; celui-ci par une simple conversion de titres aurait pu s'approprier peu à peu les valeurs du pupille. Mais l'article 10 de

la loi du 27 février 1884 relative à l'aliénation des valeurs mobilières des mineurs en tutelle assujettit la conversion des titres nominatifs en titres au porteur aux mêmes formalités que leur aliénation. Cette loi n'a pas été étendue à tous les incapables et l'on doit, en ce qui concerne la femme séparée de biens, conserver la solution jadis acquise (1).

Toutefois il semble bien qu'il faille, avec M. Lyon-Caen, admettre que la femme séparée ne peut pas faire la conversion de ses titres de rente, à cause : 1° d'une ordonnance du 29 avril 1831 décidant que « la conversion de rentes nominatives en rentes au porteur ne peut avoir lieu pour les inscriptions appartenant notamment à des mineurs, à des interdits, à des absents ou autres personnes frappées d'incapacité légale » ; s'il faut donner un sens au dernier membre de phrase, il faut évidemment y comprendre la femme séparée de biens ; 2° à cause du décret du 18 juin 1865 sur les titres mixtes qui déclare aussi que ces titres ne peuvent être délivrés qu'aux rentiers ayant la pleine disposition de leurs inscriptions.

1. En ce sens, PLANIOL. *Droit civil*, t. III, n° 1447. — LECOURTOIS ET SURVILLE, *Contrat de mariage*, t. III, *Séparation de biens*. — GUILLOUARD, III, 1197.

§ IV. — PARTAGES DE SUCCESSIONS MOBILIÈRES.

Il est très généralement admis que le partage de successions purement mobilières rentre dans les pouvoirs de la femme séparée de biens comme étant un acte d'administration. Plusieurs arguments ont été invoqués.

En premier lieu à la différence de l'ancien droit, le partage est à notre époque, purement déclaratif et non attributif de propriété; il fixe rétroactivement les droits des co-partageants au moment de l'acquisition, il suffit qu'à ce moment-là la femme ait été autorisée pour que plus tard elle puisse procéder seule au partage. En second lieu il résulte du Code même que le législateur n'exige pas la capacité d'aliéner de celui qui prend part à un partage : ainsi les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent peuvent y procéder par eux-mêmes (art. 817). « Dans le système général de notre droit, dit M. Guillouard, le « pouvoir de partager est gouverné plutôt par les « règles de l'administration que par celles de l'aliéna-
« tion (1). »

A ce système on avait fait une première objection en disant qu'il était à craindre que, si l'on accordait à la femme séparée de biens le droit de procéder seule à un partage d'une succession mobilière, elle

1. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1198.

ne fût entraînée à accorder à ses co-partageants des clauses très avantageuses à ceux-ci, mais qui lui préjudiciaient beaucoup. Seulement l'objection n'avait pas de portée ; M. Guillouard y a répondu en disant que toute administration pouvait entraîner de telles conséquences : la femme en faisant un bail peut accepter parfois des clauses très désavantageuses et très onéreuses ; cela dépend de sa sagacité. Nous ajouterons que l'objection pouvait avoir une certaine valeur en théorie législative, qu'elle n'en avait aucune pour l'interprétation d'un texte de loi.

On a fait une seconde objection en montrant que ce système se basait sur l'idée de partage déclaratif, mais que ce système du partage déclaratif est une pure fiction¹ ; que dans le partage le co-partageant renonce à une partie de ses droits, que l'opération aboutit à lui donner des droits moins étendus que ceux qu'il avait auparavant, qu'en conséquence il y avait aliénation et que nos anciens auteurs étaient bien plus dans le vrai en exigeant des parties le pouvoir d'aliéner (1). Le partage était, selon Pothier « un acte déterminatif » des droits acquis dans un acte antérieur. Si tel est son caractère, il s'en suit que le

1. « Soutenir le contraire, n'est-ce pas, comme l'a écrit LABBÉ, substituer une fiction de partage déclaratif à une vérité qui est l'aliénation nécessaire, pour transformer la propriété d'indivise en divise? » LECOURTOIS et SURVILLE, tome III, du C. de M., n° 1506. — LABBÉ. Sirey. B. bibliogr. 1888, p. 1.

partage est une conséquence de cet acte d'acquisition, et que si la femme a dû se faire autoriser pour acquérir, elle doit encore demander une autorisation pour régler les conséquences de son acquisition. En matière de successions, elle doit être autorisée pour accepter ; il en est de même pour le partage même mobilier. Au reste pourquoi distinguer entre le partage d'une succession mobilière et celui d'une succession immobilière ? Cela se comprendrait encore si on admettait que la femme ait la libre disposition de ses meubles, mais comme nous le verrons, ce n'est pas admis.

Enfin quant à l'article 817 il nous fournit un argument en sens contraire, car il exige que le tuteur, pour procéder à un partage, ait une autorisation spéciale du conseil de famille. C'est donc que le Code n'a point regardé ce partage comme un acte de pure administration, mais comme un acte grave. Sans doute le mari peut procéder seul, sous la communauté légale, à un partage d'une succession purement mobilière échue à sa femme, mais cela résulte de ce que le Code lui accorde expressément l'exercice des droits et actions mobiliers de sa femme. Il ne peut donc pas y avoir d'argument en faveur de la théorie contraire à celle que nous soutenons.

Nous dirons donc que le partage, même mobilier, est un acte grave, pouvant entraîner des aliénations, que la loi ne l'a pas considéré comme un acte d'ad-

ministration et que l'on doit refuser à la femme mariée séparée de biens le droit d'y procéder seule sans l'autorisation ou l'assistance de son mari (1).

§ V. — EMPLOI DES REVENUS ET CONTRIBUTION
AUX CHARGES DU MÉNAGE.

En ce qui concerne ses revenus, la femme a la plus grande capacité : les percevoir et les employer rentrent nécessairement dans la catégorie des actes d'administration. La femme peut donc toucher librement les loyers de ses immeubles ainsi que les intérêts des capitaux placés et des créances diverses, et en donner quittance. Si elle exploite elle-même ses biens, elle fera tous actes de perception de fruits, notamment elle peut faire les coupes réglées de bois taillis, mais elle ne saurait faire seule les coupes de bois de hautes futaies non mises en coupes réglées, car il y aurait diminution de la valeur du fonds et par suite aliénation partielle d'un immeuble, ce qui lui est interdit.

Cette question de réception des revenus soulève la question très voisine de savoir si la femme peut recevoir ses capitaux, mais nous la réservons car elle est liée à la question d'aliénation du mobilier et à celle de la capacité de s'obliger.

1. En ce sens PLANIOL, *Dr. civ.*, III, N° 1448. — LECOURTOIS ET SURVILLE, *Contr. mariage*, III, n° 1506.

Pouvant toucher librement ses revenus la femme peut également en disposer à son gré : l'emploi des revenus est un acte d'administration. Cependant n'y a-t-il pas des limites à cet emploi ? Telle est la question qu'il faut se poser et les réponses varient un peu suivant les doctrines.

Tout d'abord il est certain que la femme peut et même doit employer ses revenus à faire ses achats personnels : achats de vêtements et généralement de tous objets de nécessité pour elle et même pour ses enfants. Ensuite c'est avec ses revenus qu'elle doit entretenir ses biens, faire, comme tout bon propriétaire, les réparations d'entretien qui conservent et assurent la longue durée d'un immeuble. Par exemple dans une maison, ce seront les diverses réparations de peinture et de menuiserie ; dans une exploitation agricole, ce seront les achats d'engrais, de plants pour remplacer les arbres qui meurent chaque année. Si elle a quelques dettes à payer, elle devra affecter les revenus à payer les intérêts de ses dettes ; car les payer est un acte d'administration.

Mais je crois qu'il faut aller plus loin : l'article 1536 dit que la femme séparée de biens par contrat conserve la jouissance libre de ses revenus : c'est plus que l'administration stricte ; jouissance libre, cela comprend des actes de disposition et non seulement des actes de disposition à titre onéreux, mais aussi des actes à titre gratuit. La femme peut faire seule

les cadeaux d'usage, donner pour les quêtes et diverses œuvres de charité ; même cette faculté de disposer pourra devenir pour une femme riche une véritable faculté de faire des donations importantes. Le texte de l'article 1536 est formel. J'appliquerai la même solution au cas de séparation judiciaire quoique l'article 1449 ne contienne pas la même formule, mais nous n'avons pas de preuve que les rédacteurs du Code aient entendu établir une différence entre ces deux catégories d'un même régime matrimonial.

Seulement la femme peut faire des économies et accumuler les revenus de plusieurs années ; pourra-t-elle disposer de la somme qui se sera ainsi formée ? M. Guillouard distingue (1) : selon lui la femme peut disposer librement des revenus de l'année, mais une fois que la femme les a laissés s'accumuler, alors ce sont des capitaux et la question de savoir si elle peut en disposer dépend de la solution que l'on adopte relativement à l'aliénation du mobilier. Mais il y a plus ; l'article 217 du Code civil défend à toute femme mariée de disposer à titre gratuit sans autorisation du mari ; la prohibition est renouvelée par l'article 905 ; aucun article n'a relevé la femme séparée de biens de cette incapacité en ce qui concerne l'aliénation gratuite de ses capitaux. Elle est donc incapable de les donner.

1. GUILLOUARD. *Traité du contrat de mariage*, III, n° 1191.

Nous croyons que telle est la vérité : car les revenus en s'accumulant forment des sommes parfois considérables et il est difficile de ne pas considérer ces économies comme des capitaux. Par suite la femme doit se faire autoriser pour les employer à titre gratuit.

La jurisprudence semble avoir adopté une solution contraire : tout en reconnaissant en effet la nullité des donations mobilières faites par une femme séparée de biens, la Cour de Paris, dans son arrêt du 28 juin 1851, fait une distinction : « Considérant « qu'elle a pu aussi valablement disposer de ses revenus et de ses économies, même sans l'autorisation « tion de son mari ; qu'il ne s'agit plus ici de l'aliénation d'un capital mobilier proprement dit ; que « l'on objecterait vainement que l'accumulation des « revenus a produit des sommes d'une importance « telle qu'elles doivent être considérées comme de « véritables capitaux mobiliers. » (S., 51.2.337.)

Je ne crois pas que telle ait été l'idée des rédacteurs du code : en donnant à la femme la faculté de disposer de ses revenus, ils ont voulu lui donner une jouissance complète de sa fortune ; mais ils n'ont pas eu l'intention de lui accorder une véritable capacité de donner ; ils ont voulu lui laisser la faculté de faire les cadeaux d'usage, pas plus. La séparation de biens, comme disait Bourjon, ne doit pas avoir pour effet de nuire à la femme et de lui

permettre des actes qui non seulement ne sont pas des actes d'administration, mais qui encore ne sont que des actes « de pure dissipation ». Nous croyons en outre que ces mêmes rédacteurs étaient imbus des mêmes idées que nos anciens auteurs, à savoir qu'il n'est pas bien honnête qu'une femme mariée puisse faire des donations à l'insu de son mari.

Resterait la question de savoir si elle peut placer ses revenus : c'est là un acte d'administration au premier chef ; il ne peut y avoir aucun doute, mais quid quand ceux-ci se sont capitalisés ? Cela sera examiné à propos du placement des capitaux.

Toutefois avant d'en arriver là nous avons à dire quelques mots de la contribution aux charges du ménage : libre de disposer de ses revenus, la femme séparée de biens est cependant femme mariée et comme telle soumise à tous les devoirs communs aux femmes mariées ; elle est tenue de cohabiter avec son mari, de le suivre en tous lieux, de partager avec lui les soins à donner aux enfants, et de veiller à leur éducation ; elle est la maîtresse de maison ; séparation de biens ne veut pas dire séparation absolue d'intérêts, désintéressement aux affaires du ménage. La loi au contraire lui fait un devoir de s'y intéresser moralement et pécuniairement. Pécuniairement, en effet ; puisque le mari n'a pas la jouissance des biens de la femme, il faut que celle-ci lui donne une compensation sous forme d'une

contribution : l'obligation de fournir une part contributoire découle de son droit d'administration. Quelle est cette part ?

Il y a lieu de distinguer entre la séparation judiciaire et la séparation conventionnelle.

a). — S'agit il de la séparation judiciaire, l'article 1448 déclare que la femme contribue aux charges du ménage et à l'éducation des enfants proportionnellement à ses facultés ; à défaut d'entente entre les époux, ce sera le tribunal qui sera amené à apprécier quelle doit être cette part contributoire. Ce principe vient directement de l'ancienne jurisprudence française ; il était admis par Pothier. Le texte ajoute qu'au cas où le mari est devenu complètement insolvable la femme doit supporter la totalité des frais. Cette disposition de l'article 1448 a souvent lieu de s'appliquer, car quand la femme demande la séparation de biens judiciaire, c'est que l'actif du mari est entièrement absorbé ou à la veille de l'être ; la femme est bien obligée alors de supporter tous ces frais.

b). — S'agit-il de séparation conventionnelle les époux peuvent bien entendu régler le mode et la quote-part contributoire de la femme, mais à défaut de stipulation sur ce point l'article 1537 établit un chiffre proportionnel : la contribution de la femme est fixée au tiers de ses revenus. Ceci est une innovation du Code ; l'ancien droit décidait dans tous les cas que la femme contribuait aux charges ménagères

proportionnellement à ses facultés. M. Planiol critique ce mode de répartition (1) : il préfère le mode de répartition proportionnelle, parce qu'il est plus juste. Sans doute, mais cette fixation uniforme a l'avantage d'éviter les difficultés d'appréciation et de comparaison entre la fortune du mari et celle de la femme. En fait quand les époux adoptent le régime de séparation des biens contractuel, les notaires ont bien soin de les avertir et d'insérer une clause relative à la part contributoire de la femme dans les dépenses du ménage. La plus grande liberté est laissée par la loi aux futurs qui peuvent même convenir que l'un d'eux sera exonéré complètement de cette charge (Metz, 17 août 1858. D., 59.2.130. S., 59.2.49).

De quelle façon la femme doit-elle contribuer à ces dépenses ? Les articles 1448, 1537 et 1575 ont-ils pour effet de la rendre débitrice vis-à-vis des tiers qui ont fait des fournitures diverses au ménage ou n'est-elle que la débitrice du mari ? La question est controversée en doctrine.

A. — Selon certains auteurs la femme est obligée directement vis-à-vis des tiers, mais une sous-distinction est nécessaire :

a). — Les uns voient là une obligation indivisible à la charge de la femme. En effet les articles 203 et 212 créent une obligation qui est de sa nature aussi

1. PLANIOL, *Droit Civil*, III, n° 1432.

bien à la charge de l'un des époux que de l'autre. Si dans le régime de communauté elle est à la charge du mari, c'est que ce dernier a la jouissance de tous les biens et revenus tant propres que communs aux deux époux. Mais dès l'instant que cette communauté n'existe plus, que chacun reprend l'administration et la jouissance de ses biens, chacun doit reprendre cette obligation à sa charge, et, comme cette même obligation a pour objet différentes choses qui dans leur ensemble forment un tout indivisible : l'entretien du ménage, cette obligation doit être exécutée au regard des tiers entièrement par l'un ou l'autre. Si le mari ne paie pas, la femme devra payer sauf à se retourner ensuite entre son mari. « Nous croyons, « disent MM. Rodière et Pont, que la femme séparée de biens est obligée directement vis-à-vis des « tiers, et qu'elle ne pourrait même pas se décharger « de son obligation en prouvant qu'elle a remis au « mari une somme suffisante pour payer sa part soit « dans les dépenses du ménage, soit de l'éducation « des enfants (1). »

b).—D'autres voient là une obligation solidaire. Telle est la solution de la jurisprudence dans un arrêt d'Agen du 18 juin 1851 (S., 52. 2. 18.) où l'on peut lire l'exposé complet de cette deuxième opinion : « Tant que les intérêts des époux, y est-il dit, sont

1. RODIÈRE ET PONT. *Contrat de mariage*, III, 1222.

« réunis et confondus sous la direction et l'adminis-
« tration du mari, c'est lui qui doit naturellement
« satisfaire à cette commune obligation; mais que
« s'il ne l'a pas remplie et s'il n'a point acquitté les
« dettes contractées pour la remplir lorsqu'il pouvait
« en avoir les moyens, la femme ressaisie de ses
« droits par suite d'une séparation de biens n'en est
« pas moins tenue par l'effet de la solidarité qui la
« lie, d'acquitter même les dettes résultant de dépen-
« ses antérieures à la séparation prononcée; que le
« principe de morale consacré par l'article 203 n'est
« pas et ne peut pas être éterné par les règles relati-
« ves à l'inaliénabilité de la dot. » Ainsi selon cet arrêt
cette solidarité va jusqu'à faire supporter à la femme
les dettes antérieures à la séparation de biens.

Au reste qu'il y ait indivisibilité ou solidarité la jurisprudence penche pour l'obligation personnelle de la femme. (Paris, 21 avril 1830. S., IX, 2. 430; Agen, 13 juillet 1849, S., 49. 2. 367; Paris, 20 mars 1850, S., 50, 2. 387; Req., 27 janvier 1857, D., 57. 1. 142; Cass., 21 mai 1891, S., 91. 1. 81.) C'est l'opinion de M. Guillouard et de MM. Aubry et Rau (1).

B. — Il semble bien plutôt qu'il n'y ait là ni obligation solidaire, ni obligation indivisible. D'abord en ce qui concerne l'éducation des enfants MM. Le-

1. GUILLOUARD, *Contrat de Mariage*, t. III, n° 1222. — AUBRY et RAU, *Dr. civ.*, V, § 156.

courtois et Surville (1) font remarquer que le mari est le maître de la diriger souverainement ; la femme ne peut rien contrôler ; le mari engage les dépenses à ce sujet comme il le veut ; la femme ne peut que verser sa part contributoire (2). Même pour les autres dépenses la femme d'après la loi n'est tenue qu'à une chose : y contribuer, c'est-à-dire que le mari paie et la femme verse sa part au mari (3). La femme n'est pas débitrice directe ; la loi emploie le mot *contribuer* « or, le mot *contribuer*, dit M. Demante (4), est ce-
« lui que la loi emploie d'ordinaire pour indiquer,
« non pas qu'une personne est débitrice directe d'une
« certaine somme, mais qu'elle est débitrice médiate,
« devant verser entre les mains d'une personne les
« sommes qui sont dues à une autre. » Même si elle a contracté directement avec les tiers, certains auteurs, comme Laurent (5), vont jusqu'à leur refuser l'action directe, parce que, dit-il, « la femme agit
« alors comme mandataire du mari, c'est donc le
« mari qui est obligé ». Laurent croit que ces principes découlent de la puissance maritale, de ce qu'en vertu de l'article 214 le mari doit subvenir à l'entretien de sa femme, qu'en conséquence puisque la sépara

1. LECOURTOIS et SURVILLE. *Contrat de Mariage*, t. III, n° 1491.

2. LAURENT, t. XXII, n° 284.

3. PLANIOL. *Dr. civil*, III, n° 1438 *in fine*.

4. DEMANTE. *Dr. civil*, t. IV, n° 99 *bis*.

5. LAURENT, t. XXII, n° 284.

tion de biens ne met pas fin à la puissance maritale, ces principes demeurent intacts. Un jugement assez récent du tribunal civil de la Seine a statué en ce sens : « Mais attendu que la femme mariée, lorsqu'elle fait des acquisitions pour les besoins du ménage n'est que la mandataire de son mari ; qu'il en est ainsimême après la séparation de biens ; qu'il suit de là que les créanciers n'ont d'action que contre le mari et qu'ils ne peuvent en conséquence poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les biens personnels de la femme. » (La Seine, 7 décembre 1899, *Pand. fr.*, 1902. 2. 30.)

C. — Cependant on peut se demander, quand la femme a traité avec les tiers, si elle n'est pas obligée directement, car en somme l'emploi des revenus pour les achats courants, pour les besoins du ménage, est un acte d'administration ; or quand la femme s'est obligée personnellement, pourquoi ne serait-elle pas tenue dans cette mesure au regard des tiers ? Sans doute il semble inadmissible et nous repoussons la solution qui consiste à la regarder comme toujours obligée, mais si elle a traité, pourquoi ne serait-elle pas obligée elle aussi ? Cette idée de mandat ne semble d'ailleurs possible que sous le régime de communauté ; car sous ce régime la femme ne peut en aucun cas contracter sans autorisation ; quand elle fait un achat, une dépense ménagère, il est logique de supposer qu'elle est mandataire de son

mari, mais sous le régime de séparation de biens cette solution ne s'impose pas ; les tiers pourraient y être trompés. Ils savent que la femme a des pouvoirs d'administration et de disposition de ses revenus, comment distingueraient-ils entre l'acte qui obligera la femme envers eux et celui qui obligera le mari seulement ? D'ailleurs les créanciers seront difficilement lésés par la femme ; quand ils n'auront pas l'action directe ils useront de l'action oblique pour forcer la femme à verser sa part contributoire, et si elle prétend avoir déjà payé, ils lui demanderont des preuves, preuves qu'elle pourra rarement fournir.

En tous cas avec le système de la jurisprudence, la femme séparée judiciairement fera bien de prendre ses précautions si elle ne veut payer deux fois : si son mari est arrivé à un tel état de déconfiture qu'elle ait à craindre, sinon de payer toutes les dettes, mais du moins de payer deux fois sa part, elle fera bien de ne pas verser les sommes représentant sa contribution en une seule fois, mais de procéder par acomptes et même d'attendre les réclamations des créanciers. Sans doute le tribunal ne peut d'office, en ordonnant la séparation de biens, décider que la femme paiera directement les créanciers, ce serait porter atteinte à la puissance maritale ; les arrêts qui admettraient une telle solution seraient exposés à la censure de la Cour de cassation, mais la jurisprudence admet, et c'est un tempérament à son

système, ainsi qu'un complément utile de la séparation de biens judiciaire, que, si le mari détourne les sommes que sa femme lui verse, celle-ci peut recourir à justice pour être autorisée à payer directement les créanciers du ménage (Cass., 6 mai 1835, S., 35. 1. 415. Caen, 8 avril 1851, D., 52. 1. 127). Cette jurisprudence, il est vrai, fait bien œuvre prétorienne en donnant de telles solutions, car aucun texte de loi ne lui a donné ce pouvoir. La loi a donné aux tribunaux le droit de dissoudre une communauté pour y substituer la séparation de biens ; elle a reconnu qu'en cas de défaut de ressources de la part du mari, la femme doit payer toutes les dettes du ménage sur sa fortune, mais nulle part elle n'a dit que les tribunaux avaient pouvoir de lui permettre de payer directement les créanciers. Ce que l'on peut dire, c'est que cette jurisprudence est très utile, parce que la loi est en défaut, mais il est impossible de nier que nos Cours n'aient agi comme l'aurait fait jadis un Parlement. Peut-être cette jurisprudence peut-elle trouver une base dans ce principe assez mal défini que les tribunaux ont pouvoir de tempérer la puissance du mari, et, ont une espèce de droit de surveillance sur sa façon d'agir (1).

.*.

1. PLANIOL, *Dr. civil*, III, 1437.

Nous venons d'énumérer dans ce chapitre une série d'actes que la femme séparée de biens peut faire seule et qui rentrent certainement dans la catégorie des actes d'administration; cela constitue pour elle un notable progrès, au point de vue de la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires sur le régime de communauté et même sans communauté. En touchant elle-même ses revenus, la femme est sûre qu'ils ne seront pas gaspillés par le mari et constamment saisis entre les mains de celui-ci par ses créanciers. La séparation de biens judiciaire, car c'est elle qui, en France, rend les plus grands services, permet ainsi à un mari ruiné de vivre avec ses enfants en pension chez sa femme. Il y a dans les faits des renversements complets et inévitables de tous les systèmes doctrinaux et législatifs : on a le spectacle d'un homme qui reçoit de la loi un pouvoir d'autocrate sur la personne de sa femme, mais que la nécessité oblige à se pensionner chez elle (1).

1. Certains auteurs ajoutent ici l'étude de quelques autres questions, comme la réception d'un capital mobilier, mais les solutions dépendent d'autres questions qui vont être examinées dans la suite, c'est pourquoi nous préférons tout traiter ensemble.

CHAPITRE II

DES ALIÉNATIONS

§ I. — INCAPACITÉ GÉNÉRALE DE LA FEMME MARIÉE.

En matière d'aliénation de ses biens, la femme même séparée est incapable : le Code a suivi la doctrine que nous avons vu s'établir peu à peu à l'époque de la rédaction des coutumes et qui a fini par devenir un principe absolu. « La femme, dit l'article 217, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement. » C'est à peu de chose près l'article 223 de la coutume parisienne. Mais les rédacteurs du code ont indiqué nettement qu'aucune controverse ne serait possible, que toute femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, ne pourrait aliéner, puisque même une femme séparée ne le peut. « Cette règle, avait dit Duveyrier au Tribunal, sera inflexible et univer-

« selle ; et désormais, dans aucun mariage, quel que
« soit le régime ou la convention, la femme ne pourra
« réclamer pour la disposition de ses biens, cette
« indépendance que son intérêt réprouve, que la na-
« ture dément et que la loi française refuse. » Inca-
pacité absolue de la femme, tel est le suprême désir
des législateurs de la première République et du pre-
mier Empire. Ils ont tenu à bien affirmer leur
volonté en énumérant tous les genres d'aliénations
afin qu'aucun tribunal ne soit tenté de chercher dans
les textes quelque exception. Ils ont montré qu'ils
ne permettaient pas davantage l'aliénation à titre
onéreux ou celle à titre gratuit ; quand même dans
l'aliénation à titre onéreux il pourrait y avoir une
bonne opération. C'est une source de richesses : peu
importe ; la femme n'a pas besoin de s'enrichir à
l'insu ou contre le gré de son mari. Elle ne peut
même pas se servir de ses biens pour se procurer
du crédit car la loi lui défend d'hypothéquer ; l'hy-
pothèque, il est vrai, est peut-être plus dangereuse
que l'aliénation ordinaire, en ce sens que celui qui
donne un bien en sûreté du paiement de sa dette,
ne voit pas l'aliénation, car, avec l'hypothèque, il
continue à en jouir, du moment que l'on interdisait
l'aliénation comme un acte dangereux, il fallait inter-
dire *a fortiori* l'hypothèque comme étant un mode
d'aliénation beaucoup plus périlleux.

Nous allons, en ce qui concerne la femme séparée

de biens, faire la distinction entre les meubles et les immeubles.

§ II. — ALIÉNATIONS D'IMMEUBLES.

En ce qui concerne les immeubles le Code a expressément déclaré dans ses articles 1449 et 1538, que la femme séparée de biens ne pourrait les aliéner en aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, sans le consentement spécial du mari, ou, sur son refus, sans l'autorisation de justice : ce qui entraîne pour la femme l'incapacité de faire seule sur ses biens immobiliers tous actes qui ne seraient pas de pure administration.

La loi est particulièrement rigoureuse : elle exige « le consentement spécial » du mari, c'est-à-dire que celui-ci devra donner son autorisation pour aliéner tel immeuble et non tel autre. Une autorisation générale donnée à la femme par le mari, que ce soit dans le contrat de mariage ou que ce soit par acte postérieur ne saurait être valable (art. 1538). Le Code a voulu mettre fin à certaines jurisprudences dissidentes qui admettaient la validité des autorisations générales d'aliéner ainsi que nous l'avons vu dans notre deuxième partie. Il ne faut pas oublier que le Code visait à l'unification des lois en France et qu'il était toujours à craindre que l'unité législative ne soit gravement atteinte par la persistance des

coutumes locales, persistance qui aurait pu se faire sentir par des clauses insérées dans les contrats et qui y seraient devenues de style. Voilà pourquoi tout en laissant une grande liberté aux futurs époux pour le règlement des conventions matrimoniales, on a voulu cependant éviter que les contrats de mariage ne servissent à conserver des pratiques jugées mauvaises.

La femme séparée de biens ne peut en conséquence ni vendre, ni donner entre-vifs ses immeubles (art. 905). Elle ne pourra pas davantage les hypothéquer, car il y a aliénation éventuelle; pourrait-elle au contraire donner un de ses immeubles en antichrèse?

L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur transfère à son créancier la possession de son immeuble pour qu'il en perçoive les fruits ou revenus à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû jusqu'à parfait paiement. Il peut sembler logique *a priori* que ce contrat soit permis à la femme séparée, car il y a simple aliénation de revenus, dont la femme séparée de biens peut disposer. Mais le contrat d'antichrèse engage les revenus pour une durée indéterminée, fort longue souvent, et nous avons vu que les actes engageant ceux-ci pour une grande durée, comme des baux de plus de neuf ans, sont en général considérés comme dépassant la capacité d'une femme séparée de biens. En outre il y a une aliénation qui ne lui profite pas directement : il est vrai

que c'est pour payer ses dettes, mais est-elle capable de faire un paiement seule? Enfin le contrat d'antichrèse confère au créancier le droit de rétention et celui de faire vendre (art. 2085, 2087, C. civ.), de sorte qu'en définitive ce serait peut-être aboutir à une aliénation que d'autoriser la femme à faire un tel contrat; nous le lui interdirons donc. « Il nous
« est impossible, dit M. Guillouard (1), de voir dans
« une telle convention qui paralyse le droit du pro-
« priétaire dans ses attributs les plus fructueux, un
« acte d'administration permis à ceux qui sont inca-
« bles d'aliéner : que l'antichrèse soit parfois très
« utile au débiteur à qui elle procure du crédit, soit,
« mais il en est de même de l'emprunt hypothécaire,
« et dans un cas comme dans l'autre il faudra que
« l'incapable obtienne l'autorisation qui lui est
« nécessaire pour aliéner. »

La jurisprudence paraît assez bizarre : elle a interdit ce contrat au pourvu de conseil (Paris, 10 mars 1854, S., 54. 2. 98), et l'a permis à une femme mariée (Rouen, 9 août 1876, S., 77. 2. 24) : « Attendu
« que l'antichrèse n'opérant pas démembrement de
« la propriété et ne reposant que sur des fruits, qui,
« dans l'espèce, excédaient les besoins de la famille,
« n'est qu'un contrat de nantissement, fondé sur une
« sage appréciation des exigences de la situation. »

1. GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1203.

La Cour paraît avoir été décidée par ce fait que l'engagement des revenus ne nuisait pas aux besoins de la famille, cette considération lui a fait oublier l'acte d'aliénation indirecte qui se dissimule derrière le contrat. Cette même Cour est d'ailleurs revenue aux bons principes en 1893, le 29 novembre, en décidant que « l'antichrèse ne produit pas seulement une dé-
« légation indéfinie de fruits qui, à ce titre, excède-
« rait les pouvoirs d'administration d'une femme sé-
« parée de biens ; elle constitue en outre, un véritable
« démembrement de la propriété, à raison du droit
« de rétention qu'elle confère, aux termes de l'arti-
« cle 2087, ainsi que le prouve l'article 2 de la loi du
« 23 mars 1855 qui assujettit le contrat d'antichrèse
« à la transcription (1) : »

Ne pouvant aliéner en aucune façon, la femme séparée de biens ne peut pas davantage faire aucun de ces actes qui sont des démembrements partiels de la propriété comme les constitutions de servitudes : elle est obligée comme tout propriétaire de souffrir les servitudes légales, mais elle ne peut en établir seule.

De même l'article 2 de la loi du 25 juin 1902 en prohibant la constitution d'emphytéose à ceux qui n'ont pas capacité d'aliéner l'a interdite à la femme séparée de biens.

1. *Recueil des arrêts de Rouen*, 1834, 1, p. 8, cité par MM. LE COURTOIS et SURVILLE.

Enfin nous avons vu que la jurisprudence lui refusait le droit d'accorder sur ses immeubles certaines concessions qui ont le caractère d'aliénations partielles, telles sont les concessions de mines carrières et d'extraction des matériaux.

Peu de difficultés se présentent à ce sujet et peu d'arrêts sur la question : le Code l'a tranchée de façon à éviter toute controverse.

§ III. — ALIÉNATIONS MOBILIÈRES.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les meubles, car il y a à ce sujet une controverse qui dure depuis l'apparition du Code. La femme mariée peut-elle, en l'état actuel des textes, aliéner son mobilier?

L'histoire, nous avons vu, nous enseigne que la controverse existait déjà dans l'ancien droit et que les auteurs donnaient les solutions les plus contradictoires : toutefois le dernier état du droit semble avoir été dans le sens de l'interdiction, en dehors des actes d'administration, d'aliéner le mobilier soit directement, soit même en s'obligeant ; d'autre part nous avons vu que dans les discussions générales du Tribunat et du Corps législatif on a pompeusement parlé de l'incapacité qu'on établissait pour la femme séparée d'aliéner ses biens sans distinction aucune entre la fortune mobilière et la fortune immobilière.

On a peut-être un peu trop oublié ces deux points que nous venons de rappeler et c'est ce qui a prolongé les controverses que nous allons exposer maintenant.

La doctrine présente bien des systèmes différents ; nous allons essayer de résumer, en quelques lignes, les principales idées émises.

L'article 1449 dans son paragraphe 1^{er} parle du droit d'administrer, puis dans le deuxième alinéa nous apprend que la femme séparée de biens « *peut disposer de son mobilier et l'aliéner* ». Alinéa 3 : « *Elle ne peut aliéner ses immeubles.* » En présence d'une telle rédaction, fallait-il voir dans cet article trois dispositions distinctes ou bien fallait-il n'en voir que deux, les deux premiers alinéas étant reliés ensemble ? L'article 1538 ne résout pas la controverse car il passe sous silence le mobilier et ne prohibe que l'aliénation des immeubles.

Au lendemain de la promulgation du Code civil, Merlin dans son répertoire déclare la femme séparée capable d'aliéner son mobilier ; Odier décidait dans le même sens, mais Troplong combattait ces solutions.

Plus tard MM. Rodière et Pont firent une distinction entre la séparation de biens judiciaire et la séparation contractuelle. Pour établir cette distinction, ils se fondaient sur les textes :

a). — *Séparation judiciaire.* — L'article 1449 dit

catégoriquement que la femme peut disposer de son mobilier, et il n'y a pas lieu de chercher dans quelle limite ; pour eux la question ne peut pas être discutée.

b). — *Séparation contractuelle.* — Mais pourquoi ne pas décider la même chose au regard de cette dernière ; nos auteurs fournissent une foule d'arguments. Selon eux la femme a le droit de disposer de ses biens et revenus dans la limite de son droit d'administration. D'abord cela ne fait aucun doute pour les fruits et récoltes (art. 1536 et 1576) ; en second lieu il faut l'admettre pour les objets mobiliers susceptibles de dépérissement, car c'est là un acte de sage administration ; aussi la loi autorise-t-elle un successible à faire ce genre d'aliénations sans que cela implique de sa part acceptation (art. 796). Mais il ne faut pas aller plus loin car : 1° il y a le principe général de l'article 217 qui domine toute la matière des régimes matrimoniaux ; 2° ils invoquent l'argument fourni par l'article 1576 qui, en ce qui concerne les biens paraphernaux, interdit à la femme de les aliéner sans distinction aucune ; 3° ils citent à l'appui de leur doctrine le texte du discours de Berlier au Tribunal ainsi que celui de Duveyrier.

Quant aux deux arguments tirés de l'article 1449 et de l'article 217 nous verrons plus loin comment les autres doctrines y répondent. En ce qui concerne l'article 1576 il est évident qu'il fournit un excellent

argument en faveur de l'incapacité d'aliéner le mobilier, mais il ne démontre pas que l'on doive suivre une solution différente dans un autre cas. Enfin quant aux discours des rédacteurs du projet nous pouvons dire qu'ils sont tout à fait en faveur de l'interprétation restrictive et sans exception, car Duveyrier que nous avons cité déjà n'admet dans aucun cas que la femme puisse aliéner ses biens sans le consentement de son mari.

Les auteurs en général opinent dans le sens d'une restriction complète aux pouvoirs de la femme séparée de biens.

Ils font remarquer que les dispositions de l'article 1449 forment un tout et qu'il ne convient pas de les séparer, mais qu'il faut au contraire les relier les unes aux autres. La femme mariée ne peut faire seule aucun acte, avait dit l'article 217; mais la femme séparée a capacité d'administrer, reprend l'article 1449, et les rédacteurs ont indiqué qu'elle avait une capacité d'administrer assez large en ce qu'elle peut aliéner son mobilier ; mais, dit-on, il ne faut pas oublier que cette aliénation n'est permise que pour les besoins de l'administration, il ne faut pas aller plus loin. Ces auteurs indiquent ensuite que même pour les besoins de son administration la femme ne pourra jamais aliéner ses immeubles. L'article 1536 et l'article 1538 réunis forment un tout semblable à l'article 1449, et l'article 1576 est la consécration implicite

pour la femme paraphernale des solutions admises pour la femme séparée de biens.

MM. Aubry et Rau (1) adoptent ce système : d'après eux l'aliénation du mobilier par la femme non autorisée ne sera valable qu'autant que celle-ci aura eu pour but un acte d'administration ; dans le cas contraire, il y aura nullité que la femme ou le mari pourra faire prononcer, mais que les tiers ne peuvent faire constater conformément à l'article 225.

M. Demante (2), au contraire, réfute ce système : admettre une telle distinction, c'est tromper les tiers, les embarrasser ; en outre c'est introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas, forcer l'interprétation d'un texte clair.

Laurent réfute également ces arguments : « Le
« lien que l'on prétend, dit-il, établir entre le deu-
« xième alinéa de l'article 1449 et le premier est en
« opposition avec le texte et l'esprit de la loi. Il
« s'agit de deux ordres d'idées tout à fait différents :
« le premier alinéa traite du droit d'administration,
« le second du droit de disposition, ainsi que le troi-
« sième. Le droit d'administrer n'est soumis à aucune
« restriction, il est libre. Le droit de disposition au
« contraire n'est pas libre ; il ne l'est que pour le
« mobilier, il ne l'est pas pour les immeubles. Pour

1. Tome V, § 516, note 56.

2. DEMANTE *Cours*, t. VI, n° 101 *bis*.

« le mobilier la liberté d'en disposer est confirmée
« en termes aussi absolus que l'est le pouvoir d'admi-
« nistrer(1). »

Toutefois il y a un point sur lequel on est d'accord : c'est que la femme ne peut jamais aliéner son mobilier à titre gratuit parce que le principe de l'article 217 est confirmé par l'article 903 et qu'aucun texte n'est venu expressément dire le contraire (2).

M. Guillouard adopte le même système que MM. Aubry et Rau parce que l'article 217 est formel, et que dans l'article 1449 il y a corrélation évidente entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2. Quant à l'objection tirée du danger du système pour les tiers, il ne croit pas devoir s'y arrêter parce qu'il ne pense pas que dans le système général du Code ces tiers soient bien exposés. « Nous répondrons, dit-il, qu'il y a là des
« actes qui ne sont point évidemment des actes
« d'administration et sur la portée desquels les tiers
« de bonne foi ne se tromperont pas : telle est par
« exemple l'hypothèse sur laquelle la Cour de cassa-
« tion a statué en 1862 (3), celle où la femme engage

1. LAURENT, tome 22, n° 301, p. 314.

2. DEMOLOMBE. *Droit civil*, tome IV, n° 150. — DUTRUC. *Séparation de biens*, n° 233. — AUBRY ET RAU. *Droit civil*, tome V, n° 516. — COLMET DE SANTERRE. *Droit civil*, tome 6, n° 101 bis. — LAURENT. *Droit civil*, tome 22, n° 307. — GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, III, n° 1193.

3. Cass. rejet, 30 décembre 1862. D., 63.1.40. *Journal Palais*, 1863, p. 946.

« ses capitaux dans des jeux de bourse. Au contraire
« les actes de disposition du mobilier corporel seront
« presque toujours maintenus, soit parce que l'alié-
« nation de ce mobilier doit être considérée comme
« un acte d'administration (1), soit dans tous les cas
« parce que les tiers pourront invoquer l'exception
« de l'article 2279 (2). »

En ce qui concerne la réponse fournie par M. Guillo-
lard consistant à dire que les tiers auront le béné-
fice de l'article 2279 nous croyons qu'elle prête à la
critique ; l'article 2279 ne protège les tiers que con-
tre une action réelle du propriétaire ; or si la femme
a fait un acte d'aliénation nul, elle commencera par
intenter l'action en nullité qui est une action person-
nelle, et si elle triomphe, il en résultera que le tiers
aura le meuble en possession sans droit ; il ne sau-
rait être considéré comme de bonne foi.

M. Dutruc (3) admet le même système. M. Huc au
contraire admet la validité des aliénations à titre
onéreux (4). De nos jours MM. Lecourtois et Sur-
ville distinguent entre l'aliénation à titre gratuit et
l'aliénation onéreuse. La première est interdite à la
femme séparée de biens car les articles 217 et 905

1. Exemple : Aliénation du mobilier sujet à déperissement.
(Cf. ci-dessus).

2. GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1193.

3. DUTRUC. *Sép. de biens*, n° 336.

4. HUC. *Dr. civ.*, t. IX, n° 279.

sont formels. On a bien essayé, disent-ils, d'invoquer la double formule de l'article 1449 : aliéner et disposer, et de dire que *aliéner* visait l'aliénation à titre onéreux et *disposer* l'aliénation à titre gratuit ; cela n'est pas décisif ; il y a plutôt là une formule redondante. Quant à la possibilité d'aliéner à titre onéreux, il fallait bien que la loi l'admit, car il n'y a pas d'administration qui n'entraîne certaines aliénations. Mais tout en admettant que la femme n'a qu'une capacité limitée pour aliéner le mobilier, ils repoussent la distinction proposée par MM. Aubry et Rau parce qu'ils croient que c'est « tendre un piège à la « bonne foi des tiers. Tout ce que nous pourrons « décider, disent-ils, c'est que les aliénations mobilières faites par une femme séparée de biens seraient « susceptibles d'être annulées, si ses habitudes de « dissipation étaient de notoriété publique, les tiers « acquéreurs devant être considérés comme ayant « agi de mauvaise foi. »

En résumé la doctrine n'ose pas se prononcer nettement pour la nullité des aliénations mobilières faites par la femme séparée de biens non autorisée, et elle a pour elle le sens apparent de l'article 1449.

Que fait la jurisprudence ? Celle-ci a également évolué. Au début du xix^e siècle, nos tribunaux, tout en admettant, comme nous le verrons, la nullité des obligations contractées par la femme, validaient les aliénations de mobilier : Cass. rejet, 16 mars 1813

(S., 14. 1. 160). Cass., 18 mai 1819 (S., 19. 1. 339). Colmar, 8 août 1820 (Daloz, *Jur. Gén.*, v° *Contrat de mariage*, n° 1970, note). Paris, 1^{er} juin 1824 (D., *Jur. Gén.*, v° *C. M.* n° 1970). « Considérant, dit la Cour
« de Paris, que l'article 1449 statue que la femme
« séparée de biens peut disposer de son mobilier et
« l'aliéner. » Dans les considérants d'un arrêt d'Aix
du 24 juin 1824 (D. *eod. loco*) on lit que « la femme
« est autorisée à disposer de son mobilier, tout comme
« elle l'est à faire tous actes qui ne sont que d'admi-
« nistration. » Ainsi l'aliénation du mobilier n'est qu'un
acte d'administration selon cette Cour ; c'est admet-
tre implicitement que la femme n'est capable de faire
que les actes d'administration ; c'est le commence-
ment de l'évolution vers la solution future. Les arrêts
de Rouen (18 novembre 1825), de la Chambre des
requêtes (12 février 1828), de la Chambre civile de
la Cour de cassation (5 mai 1829) admettent encore
que la femme peut aliéner son mobilier à titre oné-
reux, puisque c'est un acte d'administration ; puis
tout à coup la Cour de cassation dans son arrêt du
7 décembre 1830 (D., *Jur. Gén.*, v° *Contrat de mariage*,
n° 1972, et D. 31. 1. 13) décide qu'il y a là un acte
qui ne peut être valable qu'autant qu'il est fait dans
la limite des actes d'administration. « Que si l'arti-
« cle 1449, dit l'arrêt, dispose que la femme séparée
« reprend la libre administration de ses biens, et s'il
« ajoute qu'elle peut disposer de son mobilier et

« l'aliéner, ce n'est que par exception au droit com-
« mun ; et que toute exception doit être entendue
« en un sens restrictif ; d'où il suit que la faculté
« accordée à la femme séparée de biens par cet arti-
« cle de disposer de son mobilier et l'aliéner ne peut
« recevoir d'application qu'aux actes qui ont pour
« objet et pour résultat l'administration de ses biens. »
La jurisprudence de la Cour suprême était fixée.
Même solution : Cass., 3 janvier 1831 (*D. Jur. Gén.*,
v° *Contrat de mariage*, n° 1972).

Les Cours d'appel adoptèrent la doctrine de la Cour de cassation, néanmoins des tentatives doctrinales contraires se firent sentir de temps à autre dans les jugements des tribunaux de première instance. Le tribunal de la Seine, le 2 avril 1850, avait validé une aliénation à titre gratuit en s'appuyant sur les textes, comme le faisait Laurent ; il est curieux de rapporter les motifs de ce jugement, ainsi que de l'arrêt qui l'a réformé :

Jugement du 2 avril 1850 : « Attendu que si le
« législateur avait voulu restreindre cette faculté d'a-
« liéner son mobilier aux simples actes d'administra-
« tion, il l'aurait dit expressément en énonçant que,
« par suite du droit d'administrer et dans les limites
« d'une simple administration, la femme aurait le
« droit d'aliéner son mobilier ; — mais qu'il ne s'est
« pas exprimé ainsi ; qu'il a au contraire donné à la
« femme le droit d'aliéner son mobilier par une

« disposition distincte et séparée et par un alinéa de
« la disposition relative au droit d'administrer. Que
« si les exceptions doivent être renfermées dans les
« termes qui les spécifient, elles ne peuvent être
« restreintes dans des limites plus étroites, en subs-
« tituant aux termes de la loi qui, comme dans ledit
« article 1449 sont clairs et sans ambiguïté, une in-
« terprétation qui serait une véritable addition à son
« texte. » C'était, on le voit, la condamnation de la
doctrine de la Cour régulatrice ; la doctrine des
auteurs allait-elle donc l'emporter même en juris-
prudence ? La Cour de Paris ne tarda pas à enlever
toute illusion aux partisans de cette théorie.

Arrêt du 28 juin 1851 (S., 51.2.337). « Considérant
« que d'après les articles 217 et 905, la femme, même
« séparée de biens, ne peut disposer à titre gratuit
« sans le consentement de son mari... » La Cour dès
le début conserve la distinction admise par tous sur
les aliénations à titre gratuit qui ne peuvent être
validées. Sur l'article 1449 : « Considérant à cet
« égard que si le deuxième paragraphe de cet article
« permet à la femme séparée de biens de disposer
« de son mobilier et de l'aliéner, cette faculté n'est
« ni absolue ni illimitée ; qu'entendue en un sens
« raisonnable, elle se réfère évidemment au para-
« graphe 1^{er} de cet article, et ne peut ainsi s'exer-
« cer que pour les besoins et dans les limites de
« la libre administration de ses biens restituée à

« la femme par ce paragraphe. » Cette deuxième partie de l'arrêt consacre la même doctrine que la Cour de cassation, mais les conseillers ont cru devoir faire suivre leurs principes d'autres considérations tirées de l'intérêt général des familles. « Considérant que toute interprétation en supprimant toutes les garanties qui tendent à écarter les chances si nombreuses de ruine qu'entraînerait la liberté accordée à la femme même séparée, de disposer de tous ses capitaux mobiliers en dehors de tout contrôle et au gré de ses caprices, serait en contradiction avec l'esprit général de nos lois qui, dans l'intérêt des familles, autant que dans l'intérêt des femmes mariées, ont voulu les protéger dans toutes les situations contre leur faiblesse et leur impétuosité. » C'est affirmer nettement l'incapacité de la femme quel que soit son régime matrimonial ; ce sont les idées anciennes de *fragilitas sexus* et de *levitas animi* que les auteurs avaient été chercher dans certains textes romains ; et enfin c'est encore une affirmation du principe de conservation des biens dans les familles, principe qui cependant n'existe plus dans le Code. Au reste cet arrêt a fait une distinction que nous avons déjà signalée entre les aliénations de revenus qu'il valide et les aliénations de capitaux qu'il annule.

La jurisprudence a persisté dans cette voie : Nancy, 24 juin 1854 (S., 54. 2. 550). Paris, 27 novembre 1857.

(D., 57. 2. 209). « Attendu que du rapprochement des
« deux dispositions et de ce qu'elles sont contenues
« dans le même article, il résulte évidemment que la
« faculté d'aliéner le mobilier, n'a été accordée à la
« femme que pour lui donner le moyen d'adminis-
« trer librement ses biens. » Cassation Req., 30 dé-
cembre 1862 (D., 63. 1. 40). Quant au tribunal civil
de la Seine il semblait qu'il ne reviendrait pas sur
sa tentative doctrinale de 1850 : un jugement par lui
rendu le 12 mai 1859 (S., 59. 2. 561) semblait très
catégorique. « Attendu, dit-il, que les deux parties de
« l'article précité doivent être considérées ensemble
« et non isolément ; qu'évidemment la deuxième
« n'est que le développement de la première, qu'ainsi
« la femme séparée peut aliéner librement son mo-
« bilier si les besoins de l'administration l'exigent,
« mais que là s'arrête son droit. » Cependant une
nouvelle tentative fut faite en 1872 ; un jugement du
tribunal civil du 9 juillet 1872 a en effet refusé à une
femme séparée l'autorisation qu'elle sollicitait d'alié-
ner ses valeurs mobilières pour cette raison qu'elle
n'avait pas besoin d'autorisation, que cela rentrait
dans les limites de la capacité qui lui était accordée
par l'article 1449 (D., 72. 3. 96. « Attendu que si la
« doctrine et la jurisprudence ont essayé, dans l'inté-
« rêt peut-être bien entendu de la femme, à raison
« de la transformation des fortunes dont l'impor-
« tance mobilière s'est accrue dans les plus larges

« proportions depuis la promulgation du Code civil,
« d'amoindrir le droit que lui confère l'article 1449,
« il est remarquable que dans la plupart des espèces,
« il s'agissait d'obligations dont les effets étaient
« d'engager l'avenir en permettant aux créanciers
« de poursuivre l'exécution de leurs titres non seu-
« lement sur le mobilier présent, mais encore sur
« celui que la femme ne possédait pas encore et
« qu'elle pourrait posséder plus tard. » La Cour de
Toulouse, dans son arrêt du 6 juin 1883 (D., 83.2.75),
paraît encore hésiter, mais elle admet la doctrine
dominante : en conséquence pour faire annuler une
aliénation de mobilier il faut prouver que l'acte
dépasse d'une manière ostensible la simple adminis-
tration ; ce sera alors l'application des règles géné-
rales sur la nullité sanctionnant les actes faits par
une femme mariée non autorisée (art. 225, C. civ.).

Le dernier arrêt important est celui de la Cour
d'Aix du 29 avril 1890 (S., 90.2.130. *Journal Pa-
lais*, 90.1.707), à propos duquel le procureur général
Naquet a été amené à exposer toute la doctrine de
la jurisprudence : « La jurisprudence, dit-il, est aujour-
« d'hui définitivement fixée sur ce point ; elle admet
« que la femme séparée ne peut disposer de son mo-
« bilier sans autorisation maritale que si le contrat
« qu'elle fait constitue une mesure d'administration.
« C'est rationnel d'ailleurs, étant donnée l'importance
« que la fortune mobilière a prise depuis la promul

« gation du Code civil, et si cette jurisprudence a pu
« être qualifiée par certains esprits de prétorienne,
« il faut reconnaître qu'elle procède d'idées fort sages,
« et qui auraient certainement inspiré le législateur
« s'il avait pu se rendre compte des modifications
« économiques qui se produiraient dans l'avenir. »

Cette jurisprudence est en effet bien établie ; il est peu probable qu'elle change maintenant ; elle est d'ailleurs très conservatrice de la fortune mobilière. Mais est-elle l'exacte interprétation du texte ? La question est fort difficile à trancher. A l'aube du xix^e siècle, avant la confection du Code civil, la controverse existait déjà ; certains de nos anciens auteurs admettaient encore la validité des aliénations mobilières faites par la femme, d'autres repoussaient cette solution. Il semble cependant qu'il y avait une évolution dans le sens d'une restriction de la capacité de la femme séparée de biens, et que cette évolution les auteurs du Code aient voulu l'achever en déclarant que la femme ne pourrait plus jamais librement aliéner sa fortune. Par la séparation de biens ils ont entendu restituer à la femme une certaine capacité, mais capacité limitée qui laisse au mari « la puissance qui résulte du mariage seul et qui défend
« toujours à sa femme d'aliéner sans son autorisation, ou à son refus sans celle de justice (1). »

1. SIMÉON. Discours au corps législatif.

CHAPITRE III

DES OBLIGATIONS

§ I. — INCAPACITÉ DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS.

Incapable d'aliéner ses immeubles ; déclarée par la jurisprudence incapable d'aliéner ses meubles, la femme doit-elle être reconnue capable de s'obliger ou incapable ? A vrai dire les deux questions : aliénation du mobilier, obligation, sont connexes ; dans l'histoire du droit elles sont corrélatives l'une de l'autre, et cependant elles doivent être distinguées, parce qu'en droit aliéner et s'obliger sont deux choses distinctes.

La doctrine, tout en reconnaissant à la femme séparée de biens la capacité d'aliéner son mobilier, se refuse en général à lui reconnaître celle de s'obliger ; c'est sur ce point l'achèvement de la théorie restrictive élaborée à la fin du XVIII^e siècle et consacrée aujourd'hui par la jurisprudence. Il est à remarquer toutefois que notre Code ne contient pas un article

qui soit le pendant de l'article 234 de la Coutume de Paris ; l'incapacité de la femme mariée se déduit de tous et notamment des articles 217 à 220 où la loi parle de « passer un acte », du « concours du mari dans l'acte », où elle dit que la femme marchande publique peut s'obliger pour ce qui concerne son négoce (art. 220), enfin de l'article 1124 où la femme mariée est comprise dans la liste des personnes déclarées incapables de contracter. L'ancienne coutume, on se le rappelle, admettait deux exceptions : une en faveur de la femme marchande publique, l'autre en faveur de la femme séparée de biens. On avait admis que la capacité de s'obliger conférée à dernière par l'article 234 de la Coutume de Paris ne visait que les actes d'administration. Le Code étant muet, que faut-il décider ?

Au titre du contrat de mariage aucun texte ne fait soupçonner quelque modification ; la question a été totalement oubliée. On a dit alors que puisque la loi lui permettait d'aliéner son mobilier la femme devait pouvoir s'obliger, mais que ses obligations ne seraient exécutoires que sur son mobilier puisqu'elle ne peut aliéner ses immeubles et que cela s'entend aussi bien d'une aliénation indirecte que de l'aliénation directe.

Ce raisonnement ne valait rien, car aliéner et s'obliger sont deux choses bien distinctes. « Celui qui « aliène, dit Laurent, se dépouille immédiatement, il

« ne le fera qu'en cas de nécessité actuelle ou s'il y
« trouve un avantage certain. La situation de celui
« qui s'oblige est toute autre. La femme emprunte ;
« elle reçoit les deniers, et quoiqu'elle sache qu'elle
« doit les restituer, elle ne se prive pour le moment
« d'aucun de ses biens, elle ne songe pas même
« qu'elle engage son mobilier et que le créancier aura
« le droit de la saisir, parce qu'elle espère rembour-
ser ce qu'elle a emprunté (1). » Là gît toute la diffé-
rence : celui qui aliène aperçoit le danger qui le
menace ; il sent la privation qu'il va s'imposer, le débi-
teur imprudent qui s'oblige n'aperçoit pas le gouf-
fre dans lequel il est prêt à tomber ; il ne voit que
le profit direct qui est pour lui un enrichissement
momentané, enrichissement qui n'est qu'une appa-
rence et qui, s'il y réfléchissait, est un appauvrisse-
ment. Il ne voit pas la ruine menaçante qui apparai-
tra au jour, où, un peu gêné pour le paiement des
intérêts, un des créanciers se présentera pour saisir :
alors tous se précipiteront pour le partage du butin, ce
sera la débâcle inévitable. L'obligation, acte dange-
reux, est généralement interdite aux personnes n'ayant
qu'une demi-capacité : le mineur émancipé ne peut
s'obliger seul, l'article 484 lui interdisant « tous ac-
tes qui ne sont pas de pure administration », et
c'est parmi les actes dangereux interdits au pourvu

1. LAURENT, *Dr. Civ.*, t. XXII, n° 310.

de conseil judiciaire que les actes d'obligation ont été classés (art. 513). Dans ces conditions, puisque d'une part notre droit assimile la femme mariée aux incapables (art. 1124), et d'autre part puisqu'aucun texte spécial ne la relève de son incapacité de s'obliger, il faut reconnaître que, même après la séparation de biens, elle devra demander l'autorisation du mari ou de justice pour tous les actes emportant l'obligation.

Mais il ne faut pas oublier que la femme mariée séparée de biens est capable d'administrer seule son patrimoine, or comment administrer sans s'obliger : nous lui avons reconnu la faculté de louer ses immeubles ou de prendre un immeuble à bail ; quand elle mettra sa signature au bas du contrat de bail, elle s'obligera. De même un administrateur doit veiller au bon entretien d'un immeuble ; quand la femme fera exécuter les réparations courantes à ses maisons, quand elle traitera avec le peintre, le menuisier, elle s'obligera. De même peut-on encore recevoir des revenus quelconques sans s'obliger à donner décharge ? Dès l'instant que l'on accorde à la femme la faculté d'administrer, il faut lui reconnaître corrélativement celle de s'obliger dans toute la mesure des actes d'administration qu'elle peut faire. C'est un point qui ne peut faire aucun doute et qui d'ailleurs était acquis dans l'ancien droit. Cette solution est admise même par des auteurs qui soutiennent

que la femme peut aliéner son mobilier. Ainsi M. Demante après avoir critiqué la théorie de ceux qui n'accordent à la femme le droit d'aliéner que dans la limite des actes d'administration, restreint à ces mêmes actes la faculté de s'obliger. « En effet, « dit-il, quant aux actes qui nous occupent, le caractère d'actes d'administration n'a rien d'ambigu ; « les tiers savent à quoi s'en tenir, et par conséquent « ils contractent librement avec la femme, sans être « obligés pour leur sécurité d'exiger l'adhésion « du mari : les actes ont un caractère propre qui « ne laisse pas de place à l'appréciation et à l'arbitraire (1). » Certes en général, l'acte d'administration se reconnaît facilement, mais nous avons vu que ce n'était pas un acte défini et qu'il y a certains actes juridiques pour lesquels on ne peut dire s'ils rentrent dans la catégorie des actes d'administration ou s'ils sont actes de disposition. Néanmoins cette solution est la bonne parce que c'est la seule que l'on puisse tirer de nos textes (2).

La jurisprudence n'est pas arrivée de suite à cette solution : elle a évolué. Il y a un lien intime entre les solutions que nous avons examinées quant à l'aliénation du mobilier et les solutions relatives à la capacité de s'obliger. Mais il est remarquable qu'à ce

1. DEMANTE. *Droit civil*, t. VI, n° 101 bis.

2. V. GUILLOUARD, t. III, n° 1192. — LECOURTOIS et SURVILLE. *Contrat de mariage*, III. — HUC. *Dr. civ.*, t. IX.

dernier point de vue la doctrine de la jurisprudence s'est formée beaucoup plus tôt. On peut distinguer trois périodes :

1°) Pendant la première période les Cours déclaraient les obligations valables en tant qu'elles étaient exécutoires sur le mobilier parce que ce dernier pouvait être aliéné librement. Cour de cassation, 29 novembre 1809; Requêtes, 16 mars 1813 ; Cass. civile, 18 janvier 1816 (Daloz. *Jur. Gén.*, v° *Contrat de mariage*, n° 1970 et note). Cassation, 18 mai 1819 (S., 19.1.339). Colmar, 8 août 1820. Cour de Besançon, 31 janvier 1827 (Dal. *eod. loc.* 1970 et s.). L'un de ces arrêts prend comme argument ce fait que la femme n'est pas déclarée incapable d'emprunter : « Considérant qu'il résulte des articles 217 et 1449 que la femme séparée de biens reprend l'administration des siens ; que les actes qui lui sont interdits sont énumérés dans ces mêmes articles ; que la défense d'emprunter ne s'y rencontre pas ; que l'on ne peut étendre les incapacités... » C'est admettre que la femme mariée n'est pas incapable de s'obliger ; mais la Cour avait oublié le sens des articles 217 à 225 et l'article 1124 qui déclare la femme mariée incapable de contracter.

2°) Cette période ne fut pas longue, et bientôt la jurisprudence revenant sur ses erreurs décida que les obligations de la femme n'étaient valables que dans la limite de ses actes d'administration. Ce fut

la Cour de Paris qui donna le signal ; son arrêt du 7 août 1820 est l'exposé complet de la doctrine que la jurisprudence allait adopter : « La Cour... considérant qu'il résulte des articles 217, 219, 221, 224 « qu'une femme mariée quoique séparée de biens ne « peut contracter ni passer un acte sans l'autorisation du mari ou de justice, à son refus ; qu'à la vérité en cas de séparation l'article 1449 lui rend la « libre administration de ses biens, et par suite nécessaire l'habilité à contracter dans tout ce qui a « trait à cette administration, nulle administration « ne pouvant avoir lieu sans contrat ; mais que là se « réduit sa capacité ; que, s'il est ajouté ensuite qu'elle « peut disposer de son mobilier et l'aliéner, on aurait « tort d'en induire qu'elle peut à plus forte raison, « obliger par des transactions ce mobilier. Attendu « qu'en droit *aliéner et obliger* ne sont pas la même « chose, quoique l'un paraisse plus et l'autre moins ; « que c'est ainsi que dans le droit romain, suivant la « loi Julia, une femme pouvait consentir à l'aliénation « du fonds dotal, mais non à son hypothèque ; une « femme se prêtant plus aisément à l'engagement de « son bien, où elle ne voit aucun péril présent, se « flattant qu'ensuite le bien sera dégagé par son mari, « qu'à une aliénation qui dans l'instant même l'ex-
« propre ; que c'est pour la même raison que le senatus-consulte Velleien venait au secours de la « femme qui s'était obligée pour un autre, non de

« celle qui avait donné, parce que, dit le juriscon-
« sulte, une femme est plus facile à s'obliger qu'à
« donner... » La Cour prenait ainsi comme point de
départ la théorie générale de l'incapacité de la femme
mariée et corrigeait ce qui avait été dit auparavant ;
elle admettait encore implicitement la faculté d'alié-
ner le mobilier, mais elle distinguait l'aliénation de
l'obligation, cette dernière, acte beaucoup plus dan-
gereux et pour lequel l'histoire nous montre que la
femme a toujours été mieux protégée, et le rédacteur
de l'arrêt fait remarquer que c'est une idée déjà an-
cienne puisqu'elle était connue d'Ulpien (1). La Cour
de Paris a réitéré sa démonstration dans un arrêt du
1^{er} juin 1824 (Dal., *Jur. G.*, *eod. loc.*). « Qu'il résulte
« en effet, dit-elle, que la femme séparée pourra, en
« vertu de la première disposition de l'article 1449,
« s'obliger dans la vue de l'administration que cet
« article lui restitue et que les obligations qu'elle
« souscrira sous ce rapport devront être valables ;
« mais que cette capacité que la femme n'acquiert
« ainsi que par exception et par modification de sa
« condition originelle doit être restreinte dans les
« bornes que lui assigne la nature même des choses ;
« d'où il suit que les obligations souscrites par la

1. ULPYEN. lib. 29 ad Ed. D. XVI. I. 4 § 1. Sed et si tibi do-
natura, creditori tuo nummos numeraverit non intercedit :
senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti ;
hoc ideo quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

« femme séparée ne seront valables qu'autant qu'il sera constant: 1° qu'elles ont eu pour objet l'administration de ses biens; 2° qu'elles n'excèdent pas les bornes d'une sage administration. »

Dans cet arrêt encore la Cour affirme l'incapacité de la femme mariée, puis la capacité exceptionnelle et restreinte de la femme séparée, mais il semble que la Cour est allée un peu loin en disant que les actes de la femme séparée ne seront valables: 1° qu'autant qu'ils ont eu pour objet l'administration de ses biens; 2° qu'ils n'excèdent pas les bornes d'une sage administration. Cette deuxième condition est de trop; il ne faut pas oublier que si la femme est incapable ce n'est pas à raison de son sexe, puisque la fille majeure non mariée est tout aussi capable que l'homme. La femme est incapable à raison de sa dépendance vis-à-vis du mari, à raison de son état de femme mariée. Il en résulte qu'elle ne doit pas être assimilée totalement à un mineur. On peut certainement réduire les engagements de ce dernier quand ils sont excessifs: le mineur n'a ni l'âge ni l'expérience; il n'en saurait être de même de la femme; au reste le mineur émancipé n'est pas restituable pour lésion; mais la femme mariée a l'âge et souvent aussi l'expérience; il n'est pas admissible qu'elle soit restituable pour lésion; aucun texte ne le dit. Or dire que, si un acte fait par la femme n'est pas un acte de sage administration, il ne sera pas valable, c'est

dire que la femme pourra être remise dans ses droits, être restituable pour lésion ; selon nous ce n'est pas possible. Du moment que l'acte est un acte d'administration, il doit être valable quelles qu'en soient les conséquences. Une solution contraire aboutirait à rendre impossible toute relation juridique avec les femmes séparées de biens : les tiers, en effet, ne voudraient jamais traiter avec elles seules, car comment savoir si l'acte est un acte de sage administration. On peut reconnaître un acte d'administration, mais ce même acte pour une femme ayant beaucoup de fortune peut être un acte de bonne administration, tandis qu'il sera désastreux pour telle autre beaucoup moins riche. La distinction proposée par la Cour de Paris doit être rejetée (1).

A la même époque la même Cour admettait encore à titre d'exception, en se fondant sur les idées générales du Code, la validité de certaines obligations, par exemple celle d'une femme marchande publique qui s'était portée caution à l'occasion de son commerce (Paris 7 décembre 1824. Dal., *Jur. Gén.*, v° *C. de M.*, n° 1972), celle d'une femme séparée de biens qui s'était engagée pour dette de nourriture de sa sœur (Paris 23 août 1825).

Néanmoins la Cour de Paris avait fait école : à la même époque, la Cour d'Aix décidait qu'une femme

1. En ce sens DESMANTÉ, t. VI, n° 101 *bis*, § IX.

dotale qui n'avait que des paraphernanx ne pouvait s'obliger « à moins qu'il ne soit prouvé qu'un tel engagement rentrait dans les actes de pure administration » (Aix 25 juin 1824. Dal., *Jur. Gén.*, v° *C. de M.*, n° 1971). La Cour de cassation paraissait entrer dans ces vues par son arrêt du 5 mai 1829 (1) où elle disait que la femme ne pourrait aliéner ni s'obliger que dans les limites de l'administration. Mais le 7 décembre suivant en déclarant « que dans l'espèce l'obligation n'eût pour objet *ni l'aliénation de son mobilier, ni un acte d'administration de ses biens* », elle semblait bien admettre que, si l'obligation avait été contractée jusqu'à concurrence du mobilier, elle eût été valable.

Ce furent les derniers essais.

3^e) Troisième période. Les Cours décidèrent que la femme séparée ne pouvait ni aliéner ni s'obliger sauf dans la mesure de sa libre administration. Dans ses deux arrêts du 7 décembre 1830 (D., 31.4.13) et du 3 janvier 1831 (D. *Jur. Gén.*, v° *C. de M.*, n° 1971) la Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « la faculté accordée à la femme séparée de biens par l'article 1449 de disposer de son mobilier et l'aliéner, ne peut recevoir d'application qu'aux actes qui ont pour objet et pour résultat l'administration de ses biens. » Depuis, la jurisprudence ne s'est pas modi-

1. DALLOZ, 29. 1.237. S., 29. 1.181.

fiée; tous les arrêts statuent dans le même sens : Poitiers, 3 février 1858 (S., 59.2.620). Paris, 12 mai 1859 (S., 59.2.561). Trib. Seine, 11 avril 1878. Paris 20 février 1881. Cass. rejet, 25 avril 1882 (*Journal du Palais*, 1883, p. 259). Cour d'Alger, 6 juillet 1892 (D., 93.3.366).

Ainsi la femme séparée est en principe incapable de s'obliger, mais lorsqu'elle a contracté une obligation dans la limite de ses actes d'administration, cette obligation est valable et exécutoire sur ses biens. Est-elle exécutoire sur ses biens ou seulement sur son mobilier? Les auteurs en général décident que l'article 2092 : *quiconque s'oblige oblige le sien*, doit être intégralement appliqué (1). Du moment disent-ils, que la femme peut, dans certains cas, s'obliger valablement, dans cette mesure tous ses biens doivent répondre de son obligation comme si elle était pleinement capable. Il ne peut pas y avoir d'exception à la règle que les créanciers ont pour gage tout le patrimoine du débiteur; la règle : meubles sont siège de dettes, est abandonnée depuis longtemps. M. Guillouard raisonne sur le texte : la femme est capable d'administrer; de ce principe, il résulte qu'elle peut aliéner son mobilier dans la mesure d'une

1. PLANIOL. *Dr. civ.*, t. III, n° 1457. — GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, III, n° 1199. — LAURENT. *Dr. civ.*, t. XXII, n° 314. — LECOURTOIS ET SURVILLE. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1405.

bonne administration, mais elle ne peut aliéner ses immeubles ; toutefois si l'aliénation forcée est la conséquence de son administration, l'aliénation sera valable.

§ II. — APPLICATIONS DIVERSES DU PRINCIPE.

Nous allons étudier quelques applications du principe établi par la jurisprudence.

La femme pouvant s'obliger dans une certaine mesure peut faire les contrats usuels, comme nous l'avons vu ci-dessus, ventes de récolte, achats divers, louages, etc.

Peut-elle contracter un emprunt ?

L'emprunt est un acte dangereux ; c'est celui sur lequel la jurisprudence a eu souvent à raisonner en matière d'obligations de la femme séparée. C'étaient des emprunts que la jurisprudence avait d'abord validés pendant sa première période, mais aujourd'hui elle exige de la femme séparée qui veut emprunter l'assistance et l'autorisation de son mari. La plupart des arrêts que nous avons cités au sujet des obligations de la femme séparée se rapportaient à des emprunts consentis par celle-ci. Paris, 7 août 1820 (*Dall. Jur. Gén.*, v° *C. de Mariage*, 1971, note). Caen, 6 mars 1844 (*D.*, 45.2.110). Paris, 27 novembre 1857 (*D.*, 57.2.209).

Toutefois la jurisprudence semble faire exception

pour les petits emprunts, ceux que peut nécessiter son administration (Paris, 27 novembre 1857, précité) ; mais sur ce point il faut être très strict, car l'emprunt, si modique qu'il soit, n'est pas un acte d'administration. D'ailleurs la Cour de Montpellier a indiqué dans un arrêt qu'il ne fallait admettre cette solution qu'avec beaucoup de prudence parce « que « l'article 1449 n'autorise que les actes de simple « administration ; que si quelquefois on peut reconnaître ce caractère à des emprunts, ce n'est que « lorsque, par leur modicité ou par les circonstances, il paraît qu'ils n'ont été faits que dans l'intérêt « d'une bonne gestion, et qu'il est d'autant plus « nécessaire d'être circonspect à cet égard que les « emprunts peuvent aboutir à des condamnations « exécutoires sur les immeubles de la femme dont la « loi prohibe l'aliénation. » (Cour de Montpellier, 10 juin 1830. D., *Rép. Jur. Gén.*, v^o *C. de Mariage*, 1971, note.) Cette Cour se montre très protectrice des intérêts de la femme : elle voit le danger qui est l'exécution poursuivie sur les biens immobiliers que la loi veut sauvegarder à tout prix. Les auteurs, et notamment Laurent, admettent la distinction indiquée : il y a sur ce point accord entre la doctrine et la jurisprudence (1).

1. LAURENT, *Dr. civ.*, t. XXII, n^o 317. — PLANIOL, *Dr. civ.*, t. III, n^o 1458. — DEMANTE, *Dr. civ.*, VI, n^o 101.

Remarquons que si la femme ne peut pas en principe emprunter, elle ne peut pas davantage prêter, car le prêt est un acte d'aliénation et exige la capacité d'aliéner. Toutefois il y a certains prêts, comme les achats d'obligations de grandes compagnies, qui ne sauraient être regardés comme une aliénation ; c'est une question de savoir si la femme ne peut pas les acquérir comme placements d'argent, nous l'étudierons à propos du placement des capitaux.

La femme séparée des biens ne peut pas davantage faire un cautionnement : le cautionnement est un acte essentiellement dangereux et qui ne saurait être considéré comme acte d'administration ; c'est, comme le dit Laurent, « un acte d'imprudence même pour une personne capable », à plus forte raison doit-on le prohiber pour une personne ne jouissant que d'une demi-capacité (1). La jurisprudence est dans ce sens. Elle interdit aussi bien le cautionnement ordinaire de droit civil, que cette forme spéciale du droit commercial : l'aval, qui consiste à garantir solidairement le paiement d'une lettre de change (art. 142 et 143 C. com.). Cass. rejet, 7 décembre 1839 (D., *Jur. Gén.*, v° *C. de M.*, n° 1971). Poitiers, 3 février 1858 (S., 59.2.620). Paris, 12 mai 1859

1. LAURENT. *Dr. civ.*, t. XXII, n° 318. — GUILLOUARD. *Contrat de mariage*, IV, n° 1199. — LECOURTOIS ET SURVILLE. *Contrat de mariage*, IV, n°s 1498 et 1506. — PLANIOL. *Dr. civ.*, II, 2326 *bis*, et III 1458. — HUC, t. IX, n° 277.

(S., 59.2.561). Besançon, 5 avril 1879 (*J. P.*, 79. p. 440 et D., 80.2.6). Alger, 29 juillet 1892 (D., 93.3.366). Trib. com. Seine, 29 décembre 1903. Cass., 24 octobre 1906 (D. 1907.1.14. *Gaz. des Trib.*, 07.1.30). Nous ne croyons même pas qu'il y ait à faire exception comme dans le cas jugé par la Cour de Paris le 23 août 1825 (D. *Rép. v° C. de M.*, 1971) et dans lequel cette Cour avait admis la validité d'un cautionnement contracté pour dette de nourriture de la sœur ; ce système doit être repoussé parce qu'il n'y a pas là un acte d'administration et que la femme n'était pas même tenue d'une dette alimentaire envers sa sœur, puisque le Code ne crée pas cette obligation entre collatéraux. Remarquons que la femme séparée peut cautionner son mari, mais elle sera soumise à la nécessité de l'autorisation comme dans les autres cas.

Nous avons vu que la femme ne peut hypothéquer ses biens ; puisque d'autre part elle ne peut s'obliger seule, ni emprunter, ni prêter il est probable qu'elle aura peu d'occasions d'exiger à son profit une sûreté hypothécaire, mais lorsqu'elle aura de telles sûretés à son service, il y a certaines opérations : renouvellement, mainlevée d'inscription, cession d'antériorité etc., qui sont possibles pour des personnes capables ; la femme peut-elle faire seule quelques-uns de ces actes ou doit-elle toujours se faire autoriser par le mari ou par justice ?

Peut-elle donner mainlevée d'une inscription hypothécaire ? La question est controversée et comporte deux solutions.

S'agit-il de donner mainlevée en même temps qu'elle donnera quittance d'un paiement effectué, cela dépend de la question de savoir si elle peut recevoir seule un paiement. En ce qui concerne le paiement d'intérêts et de revenus, cela n'offre aucune difficulté, mais qu'en est-il de la réception d'un capital ? En général cet acte est regardé comme interdit à un mineur émancipé, mais d'autre part le tuteur du mineur peut le faire seul. Si on assimile la femme au mineur émancipé, on doit lui interdire de recevoir seule un capital mobilier. Mais certains auteurs disent que la femme a une administration plus libre que le mineur émancipé, qu'elle doit donc pouvoir recevoir seule un capital mobilier. Ce raisonnement, nous l'avons vu, n'est pas décisif, car il n'est pas sûr que les rédacteurs du Code aient entendu établir une différence dans les textes ; tantôt ils emploient les mots libre administration, tantôt entière administration, tantôt pure administration. Quant aux auteurs de la fin du xvii^e siècle, ils semblent considérer la réception d'un capital comme un acte d'aliénation ; Argou, Pothier exigent l'autorisation maritale ; il n'y avait que les femmes dotales pour leurs biens paraphernaux qui en étaient exemptes parce que les pays de droit écrit ne connaissaient pas l'autorisa-

tion maritale. De nos jours M. Guillouard estime que la femme séparée de biens peut recevoir seule un capital mobilier parce qu'elle a l'entière administration de ses biens ; Laurent donne la même solution (1). En conséquence ces auteurs lui permettent de donner mainlevée des inscriptions hypothécaires ; MM. Lecourtois et Sarville lui reconnaissent également ce droit et ils citent à l'appui l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 juin 1901 (D. 1902.1. 55).

Nous repoussons cette solution qui est contraire à la tradition et contraire également à cette idée que la femme ne peut aliéner son mobilier ; or la réception d'un capital est l'aliénation d'une créance et comme telle dépasse la capacité d'une femme séparée de biens (2) ; par suite nous exigeons l'autorisation maritale pour donner mainlevée d'une inscription hypothécaire.

S'agit-il, au contraire, de faire mainlevée pure et simple d'une hypothèque sans recevoir paiement, tout le monde est d'accord pour voir dans cet acte une aliénation interdite à une femme séparée non autorisée. L'hypothèque, en effet, est un droit immobilier ; la femme ne peut par suite l'aliéner (art. 1449).

1. GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1191. — LAURENT, *Dr. civ.*, t. XXII, n° 295.

2. En se sens PLANIOL, *Dr. civ.*, III, n° 1445.

Il en est de même de la simple cession d'antériorité : la femme ne peut certainement pas faire seule un tel acte qui est une aliénation partielle et qui ne peut être considéré comme un acte d'administration (Alger, 26 janvier 1866. D., 66.2.193).

En somme, la capacité de s'obliger de la femme séparée de biens est restreinte; elle ne comporte d'extension que dans deux cas : 1° Au cas de séparation de corps ; 2° quand la femme est marchande publique.

Depuis la loi du 6 février 1893 la femme séparée de corps, quoique femme mariée, a une capacité plus grande qu'une femme simplement séparée de biens en ce qu'elle est dispensée de recourir à l'autorisation maritale ou de justice (art. 311). Elle peut donc contracter et aliéner aussi librement qu'une femme célibataire ou divorcée (sauf en ce qui concerne les incapacités dotales).

La femme marchande publique a également une capacité plus étendue : elle peut vendre, aliéner, hypothéquer ses immeubles (art. 7, C. com.).

Ces deux cas mis à part, la femme séparée de biens n'a dans notre droit moderne qu'une capacité d'administrateur.

CHAPITRE IV

PLACEMENT DES CAPITAUX

La femme séparée peut-elle placer librement les capitaux qu'elle a entre les mains? Cette question peut sembler étrange : on est tenté de répondre que placer un capital est un acte d'administration et même de bonne administration, que c'est non seulement un droit mais un devoir pour un administrateur. La femme séparée étant capable d'administrer peut placer seule ses capitaux. Cependant la question n'est pas résolue d'une façon aussi simple, et c'est pourquoi il convient d'en faire une étude à part. Le placement des capitaux n'est pas universellement regardé comme un acte de simple administration. La doctrine et la jurisprudence ont raisonné sur deux cas : l'achat d'immeubles et le placement viager.

La femme peut-elle acquérir des immeubles en remploi de ses capitaux?

Certains auteurs le lui permettent (1) : « Acheter,

1. DEMOLOMBE, t. IV, n° 157. *Mariage*, II, 162. — AUBRY ET RAU, t. V, § 516. — LAURENT, t. XXII, n° 297.

« dit Laurent, pour faire emploi des revenus ou pour
« replacer un capital mobilier qui est remboursé est
« un acte d'administration que les administrateurs
« de biens d'autrui peuvent faire ; c'est le plus sûr
« des placements ; à ce titre les lois elle-mêmes l'or-
« donnent. » M. Demante fait une distinction : il
voit dans le placement des fonds provenant du re-
couvrement des créances un acte d'administration
rentrant dans les pouvoirs de la femme séparée (1).
« Mais, dit-il, d'un autre côté, acheter un immeuble,
« ce n'est pas toujours faire un acte d'administration
« et par conséquent il faudra examiner si la femme
« qui s'obligeait par un achat avait en effet à sa dispo-
« sition des fonds dont il fallait faire emploi : dans ce
« cas elle fait acte d'administration et elle est capa-
« ble, dans le cas contraire, elle est incapable. » Ainsi
selon cet auteur la validité de l'acte dépendra de ce
fait que la femme avait ou n'avait pas de capitaux
disponibles ; dans ce dernier cas, si elle a été obligée
d'aliéner certains biens, comme des valeurs mobiliè-
res, pour payer son prix, l'acte n'est plus un acte
d'administration, puisqu'il y a aliénation, la femme
est incapable. C'est reconnaître implicitement à la
femme le droit de placer ses capitaux tout en lui re-
fusant la capacité d'acquérir quand elle n'a pas de
fonds.

1. DEMANTE. *Contrat de mariage*, n° 101.

M. Guillouard ne croit pas que la femme puisse acquérir un immeuble quelle que soit l'origine du capital qui sert à payer le prix, mais en législation, il souhaite que cette capacité soit restituée à la femme séparée (1).

La jurisprudence est également en ce sens : elle interdit à la femme les acquisitions à titre onéreux. (Agen, 9 novembre 1881, S., 82.2.233. Cass., 2 décembre 1885, S., 86.1.85. D., 86.1.294. Lyon, 7 février 1883, D., 85.2.74.) L'argument principal retenu par la jurisprudence a été indiqué par la Cour d'Agen : « Attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'article 217 la « femme mariée ne peut acquérir sans y être auto-
« risée ; que l'article 1449 loin de dispenser de cette
« obligation la femme séparée ne lui donne expres-
« sément que la libre administration de ses biens. » La Cour de cassation a été séduite par le même argument, mais c'était justement une question de savoir si dans certains cas cet achat d'immeubles n'était pas un acte d'administration, notamment quand il se présentait comme un emploi de capitaux disponibles. La solution donnée par M. Demante et ci-dessus rapportée était plus judicieuse et plus conforme aux textes.

Aussi M. Labbé, a-t-il critiqué cette doctrine de la jurisprudence ; il a essayé de la réformer, mais la

1. GUILLOUARD, *Contrat de mariage*, t. III, nos 1194 et 1195.

Cour de cassation s'est prononcée contre sa doctrine et malgré ses critiques adressées à l'arrêt d'Agen. Ce dernier auteur toutefois avait une doctrine trop large : il voulait s'appuyer sur cette idée que la femme séparée peut aliéner son mobilier, idée aujourd'hui abandonnée, son système ne pouvait avoir de succès : « En permettant à la femme de disposer de
« son mobilier, disait M. Labbé, ou le législateur a
« écrit une phrase inutile, ou il a permis une dispo-
« sition de meubles ne constituant pas un acte d'ad-
« ministration. Que peut être cette disposition si ce
« n'est un placement de capitaux ? En résumé, nous
« ne soutenons pas, on le voit, que le placement d'un
« capital soit un acte d'administration. Nous n'invo-
« quons pas cette idée trop étroite à notre sens
« que l'achat d'un immeuble est le plus sûr des
« placements. Nous nous fondons uniquement sur
« ceci : que peut être en dehors des actes d'ad-
« ministration, une disposition du mobilier, si ce
« n'est le placement d'un capital, et comment placer
« un capital sans acquérir ? Or, la loi permet à la
« femme séparée de disposer de son actif mobi-
« lier (1). »

La seconde question a trait au placement viager. Certains auteurs voient là un placement permis à la femme : les partisans de cette théorie se recrutent

1. LABBÉ, note sur l'arrêt d'Agen. S., 82.2.234.

naturellement parmi ceux qui admettent la validité des aliénations à titre onéreux. Laurent est du nombre, il semble avoir hésité, craignant que l'acte ne fût un acte de spéculation, mais il réfute lui-même l'objection : « On pourrait dire que l'administrateur
« n'a pas le droit de spéculer, et tout contrat aléa-
« toire est une espèce de jeu où l'on peut gagner et
« l'on peut perdre. Mais la femme séparée a une
« capacité qui dépasse celle de l'administrateur, la
« loi lui permet d'aliéner son mobilier et d'en dis-
« poser, or, placer ses capitaux en rente viagère,
« c'est faire un acte d'aliénation, donc la femme en
« a le droit (1). »

Les auteurs qui, au contraire, n'admettent point la validité des aliénations mobilières ne peuvent admettre la validité des placements viagers : et il ne peut y avoir à aucun titre acte d'administration, car c'est un placement trop aléatoire. « L'épouse qui
« transforme un capital en un droit viager ne sau-
« rait être considérée comme accomplissant un acte
« d'administration même largement entendu ; elle a
« donc besoin d'y être autorisée. Nos adversaires
« reconnaissent d'ailleurs, que le procédé de place-
« ment en viager est souvent désastreux, surtout si

1. LAURENT. *Dr. civ.*, t. XXII, n° 298. — Et en ce sens :
AUBRY et RAU. *Dr. civ.*, t. VI, p. 404; t. V, § 516, n° 59. —
TROPLONG, I, 413. — HUC, t. IX, n° 279. — *Contra* : GUILLOUARD,
t. III, n° 1196. — LECOURTOIS et SURVILLE, t. III, n° 1513.

« des enfants sont issus du mariage (1). » Ces auteurs, on le voit, interdisent le placement viager comme étant autre chose qu'un placement, comme comportant une part de spéculation. A ce titre, en effet, il ne saurait être admis car la capacité qui a été accordée à la femme séparée de biens n'a pas été faite dans le but de lui permettre de dissiper sa fortune. Mais il y a plus : à notre avis cet acte doit être prohibé comme constituant une aliénation du capital et aliénation définitive. Sans doute la femme a bien en échange un revenu plus fort, mais c'est à ses dépens, ainsi au cas de rente viagère, elle aliène un capital de 10.000 francs, c'est donc 800 ou 700 francs de plus qu'elle touche par an, mais en réalité elle prend ces 800 francs sur le capital qu'elle mange chaque année ; or nous ne lui reconnaissons pas ce droit là : l'acte doit lui être interdit.

La jurisprudence qui refuse à la femme le droit de faire un placement immobilier, qui peut en général être avantageux, est toute disposée à donner à la femme pleins pouvoirs en ce qui concerne les placements viagers. La Cour de Paris décida d'abord que ces placements faits par la femme étaient valables parce que « le contrat de rente viagère, consenti par elle, rentrait dans la libre disposition qui lui était laissée des ses capitaux » (17 mai 1834. D., *Rép.*

1. LECOURTOIS ET SURVILLE. *Loco citato*.

v° *C. de M.*, 1972). Cette solution est d'autant plus étonnante que les Cours décidaient déjà à cette époque que la femme ne pouvait ni s'obliger ni aliéner son mobilier, c'est une preuve des hésitations de la jurisprudence. Plus tard c'est le tribunal civil de la Seine qui valide deux aliénations, l'une d'un capital de 7.000 francs contre 707 francs de rente, l'autre de 10.000 francs contre 1.100 francs de rente ; voici ses arguments : « Attendu que dans le pouvoir d'administrer se trouve compris non seulement celui de « toucher les fonds et les revenus, mais encore ce-
« lui de percevoir et aussi de placer et de prêter les
« capitaux et valeurs mobilières. » (La Seine, 3 février 1869. D., 71. 3. 109.) Le tribunal regarde le placement comme un acte d'administration : quant au placement des économies et revenus, cela ne fait aucun doute, mais en ce qui concerne le placement des capitaux la question est discutable, car il y a dans certains placements de véritables aliénations. Dès lors en admettant que le placement puisse être considéré comme un acte d'administration, encore convient-il de faire des distinctions et l'on doit dès lors se demander si tel est le caractère du contrat de rente viagère.

Le tribunal a prévu l'objection ; il y répond :
« Attendu que le prêt, même à rente viagère, est un
« des modes de placement prévus par la loi ; que si
« la somme fournie dans ce mode de placement est

« aliénée par le crédientier, il reçoit en échange la
« créance d'une rente viagère ; que la somme par lui
« payée trouve son équivalent dans l'importance de
« la rente constituée à son profit ; que ce mode de
« placement doit être vu d'autant plus favorable-
« ment alors que la fortune du crédientier est tel-
« lement modeste que l'intérêt au taux légal de son
« capital ne pourrait suffire à sa subsistance... » Les
auteurs de cette décision ont bien été obligés d'a-
vouer qu'il y a une aliénation ; dès l'instant qu'ils
reconnaissaient ce caractère à l'opération, ils ne de-
vaient pas autoriser la femme séparée à la réaliser
seule, puisque dans la doctrine des tribunaux la
femme ne peut aliéner son mobilier sans autorisation.
D'autre part les juges ont essayer d'atténuer ce carac-
tère d'acte d'aliénation, en montrant que le crédi-
entier recevait en échange une rente importante.
Mais malgré tout, notre crédientier reçoit en réa-
lité une partie de son capital sous la trompeuse
apparence de cette rente, et s'il meurt dans l'année,
il se trouvera appauvri de toute la somme versée
sans aucun profit ; l'opération présente donc un cer-
tain aléa ; c'est une sorte de spéculation : les actes
de spéculation ne sauraient en aucun cas être regar-
dés comme des actes d'administration ; ils dépassent
dès lors la capacité de la femme séparée telle qu'elle
a été établie par l'article 1449 du Code civil. Quant
à cette autre considération invoquée par le tribunal

et tirée de la faveur que l'on doit accorder à l'opération dans l'intérêt des familles pauvres, elle est encore très discutable. Sans doute il y a des placements viagers organisés aujourd'hui par certaines sociétés sérieuses qui peuvent être d'une incontestable utilité, mais il y a aussi la multitude de prétendus placements avantageux offerts par des individus qui ne pensent qu'à s'enrichir et contre les entreprises desquels il convient de mettre en garde les plus inexpérimentés. Ceux qui sont pauvres se laissent encore plus facilement tromper que ceux qui possèdent par la promesse d'un gain plus fort : le placement à rente viagère peut être une excellente opération ; ce peut être aussi une opération désastreuse. Il ne faut donc pas laisser la femme y procéder seule : ce serait tout à la fois contraire au texte et à l'intérêt de la famille.

Près de trente ans après la Cour de Paris a repris les arguments du tribunal de la Seine et validé un placement viager en prétendant « qu'on ne saurait « soutenir que la femme qui a consenti un pareil placement se soit réellement dépouillée, le capital « aliéné étant remplacé par une rente qui peut, à « raison de son importance, lui assurer des avantages considérables... » Ainsi, c'est toujours cette recherche des avantages considérables qui amène la Cour à décider que de tels placements sont valables. Toutefois cette idée qu'il y a aliénation, n'a pas été

sans faire hésiter les auteurs de l'arrêt, et, dans la fin des motifs, on lit un petit paragraphe qui paraît bien être une atténuation de la doctrine de la Cour, et qui peut faire prévoir que dans telle autre situation, celle-ci n'aurait pas déclaré valable un tel placement: « Qu'il échet, par suite, dit-elle, de voir dans
« le placement en rente viagère une aliénation d'une
« nature particulière qui peut rentrer dans les actes
« dits d'administration *lorsqu'il est effectué dans des*
« *conditions satisfaisantes et répond aux besoins*
« *d'une sage administration.* » Ainsi la Cour se réserve d'examiner l'acte en lui-même, ses conditions, de rechercher s'il est avantageux à la femme avant de le valider; ce serait presque une homologation. L'acte sera tantôt un acte d'aliénation, tantôt un acte d'administration. La Cour se propose même de rechercher si l'opération, dont on lui demandera de prononcer la validité ou la nullité, rentre ou non dans les actes d'une sage administration. On retrouve encore dans cet arrêt cette tendance de nos Cours et Tribunaux à s'ériger en sorte de comités de surveillance de la gestion des biens des incapables et à compléter la loi, chaque fois qu'elle présente des lacunes.

Tout aussi difficile et tout aussi discutée est notre seconde question: la femme peut-elle contracter une assurance sur la vie?

L'assurance en elle-même est un contrat qui suit

les règles générales des contrats et tout particulièrement en ce qui touche la capacité de l'assuré. En général l'assurance est un acte d'administration, parce que c'est un acte conservatoire. La femme assure ses immeubles contre l'incendie moyennant le paiement d'une prime annuelle; nous n'exigerons certainement pas l'autorisation maritale; il y a là un acte conservatoire; en outre la femme peut facilement prélever le coût de la prime annuelle sur les revenus de l'immeuble; c'est faire acte d'administration et comme disent les arrêts de sage administration. Il en sera de même des assurances contre la grêle, le vol qu'elle pourra également contracter seule.

Mais l'assurance sur la vie est un contrat bien différent et autrement complexe, dont l'analyse juridique est plus délicate. « C'est un contrat par lequel l'assureur moyennant une prime annuelle ou unique, promet à l'assuré ou à ses ayants droit une somme d'argent sous certaines éventualités dépendant de la vie ou de la mort de l'assuré ou d'un tiers (1). » On voit, par cette définition, que le contrat se prête à des combinaisons multiples. Ajoutons que le versement d'une somme peut être remplacé par le paiement d'une rente viagère, et le contrat se rapproche davantage du contrat étudié ci-dessus. La

1. PLANIOL. *Dr. civ.* II, n° 2170.

question est de savoir si la femme peut faire un tel contrat. La solution dépend de la question de savoir si le contrat d'assurance sur la vie est une assurance comme les autres ou bien présente des caractères propres. Sur ce point les auteurs ne sont pas du tout d'accord.

En 1865 un auteur écrivait : « Il ne faut pas concevoir cette transaction viagère qu'on appelle assurance pour la vie entière, ou mieux assurance payable au décès, comme une assurance pure et simple, c'est-à-dire uniquement comme la garantie d'un risque ; c'est bien plus qu'une assurance, c'est un véritable placement, un placement des plus sûrs et le meilleur de tous (1). » Si tel était le caractère de l'assurance sur la vie, la femme serait admise à la contracter seule dans tous les cas où on lui permet de faire un placement seule et sans l'assistance du mari.

Un peu plus tard, M. Léveillé, dans un rapport sur les concours de doctorat à la Faculté de Paris disait que c'était une sorte de mutuum, de placement aléatoire (2). Ce serait alors un acte comme le placement à rente viagère et nous l'interdirions à la femme non autorisée.

Mais Couteau (3), après avoir déclaré qu'il n'y a

1. REBOUL. *Assurance sur la vie*.

2. D'après COUTEAU. *Assurances*, t. I, n° 185.

3. COUTEAU, III, n° 308.

là qu'une assurance contre un risque : le risque de mort, autorise la femme à contracter une telle assurance sans autorisation.

M. Herbault admet que l'assurance en cas de décès a pour but de garantir l'assuré contre le risque d'une mort prématurée par la formation d'un capital voulu. Cet auteur n'admet pas que la femme puisse faire seule ni un contrat d'assurance en cas de décès, ni un contrat d'assurance en cas de vie. Il prévoit l'objection qu'on va lui faire : si la femme peut faire un placement à rente viagère, elle peut bien faire une assurance sur la vie qui est un contrat analogue. Non, répond-il, car dans la rente viagère la femme reçoit immédiatement une contre-valeur, qui fait de l'acte un acte d'administration, tandis que dans l'assurance sur la vie, elle verse des sommes pour ne rien recevoir de suite. Ainsi : 1° au cas d'assurance en cas de vie, elle ne bénéficiera du contrat qu'à une échéance lointaine et qui peut fort bien ne pas se réaliser ; 2° au cas d'assurance en cas de décès elle ne recevra rien du tout ; ce sont les héritiers qui en profiteront.

M. Vibert dans son traité n'admet la femme à contracter seule que l'assurance à son profit.

MM. Lecourtois et Surville admettent la validité de l'assurance contractée par la femme à son profit ou au profit de ses héritiers.

Nous croyons qu'il y a lieu d'établir une distinction :

Il y aurait lieu de déclarer valable l'assurance contractée par la femme soit en cas de vie, soit en cas de mort à son profit ou au profit de ses héritiers lorsque cette assurance est contractée et que le service des primes est assuré par les économies annuelles sur les revenus.

Dans ce cas il est impossible d'annuler un tel contrat : la femme a la disposition libre de ses revenus, elle peut les placer, les dépenser à son profit comme elle l'entend (art. 1449 et 1538). Mais au contraire, si l'assurance est contractée moyennant le paiement d'un capital assez fort, si les revenus annuels sont insuffisants pour garantir le service des primes, si en un mot la femme doit disposer de ses capitaux, nous ne reconnaitrons pas la validité du contrat, parce qu'il y a là un placement aléatoire analogue à celui de l'aliénation ou du prêt à rente viagère.

Enfin, et sur ce point nous sommes d'accord avec la majorité des auteurs, nous ne reconnaitrons en aucun cas à la femme le droit de contracter une telle assurance si le bénéfice en doit aller à un tiers, ce tiers fût-il son mari (1), parce que la femme ne peut pas sans autorisation faire de donations. Qu'on ne dise

1. HERBAULT. *Assurances-vie*. — LECOURTOIS et SURVILLE. *Contrat de mariage*, t. III, n° 1502.

pas qu'elle peut librement disposer de ses revenus ; la femme, en effet, peut faire les dons d'usage, mais l'article 905 est formel et aucun texte du Code ne relève la femme de l'incapacité de donner. Il y a plus, l'assurance sur la vie a pour but une capitalisation (1), capitalisation aléatoire, il est vrai, capitalisation qui fait cependant que la femme qui contracte une telle assurance au profit d'un tiers, lui fait donation d'un capital, ce qui lui est absolument interdit.

La question n'a d'ailleurs en fait qu'un intérêt théorique à cause des grandes précautions que prennent les compagnies d'assurances qui exigent la signature du mari à côté de celle de la femme quel que soit le régime matrimonial des époux. Cependant un jugement du tribunal civil de la Seine a déclaré nulle une police d'assurance sur la vie contractée sans autorisation maritale par une femme séparée de biens au profit d'un tiers, et qui, par suite constitue une pure libéralité (Seine, 10 décembre 1884. *Gaz. pal.*, 85. 1. 29. S. 86. 2. 46).

Si la femme ne peut ni acheter d'immeubles, ni placer en viager, peut-elle acheter des meubles ? Nous distinguerons encore : s'il s'agit d'acheter des meubles avec ses revenus, il n'y a aucun doute ; c'est un acte d'administration, mais lorsqu'il s'agit d'em-

1. PLANIOL. *Dr. civ.*, II, 2179.

ploi de capitaux il n'y a pas de raison pour qu'elle puisse acheter des valeurs mobilières plutôt que des immeubles.

La jurisprudence présente des contradictions étonnantes. Un jugement du Tribunal civil de la Seine que nous avons déjà cité (*La Seine*, 9 juillet 1872, D. 72.3.96), a refusé d'accorder à une femme l'autorisation qu'elle sollicitait pour l'aliénation de valeurs mobilières, parce que la femme n'avait pas besoin d'autorisation pour cet acte qui rentrait dans ses pouvoirs. Au contraire la Cour de Toulouse semble hésitante pour accorder à la femme le droit d'acheter des valeurs mobilières. C'est qu'elle redoute avec raison la spéculation, l'achat à crédit qui souvent dissimule les spéculations honteuses d'une foule de financiers véreux prêts à profiter de la faiblesse humaine. Voici ce que nous trouvons dans les motifs de cet arrêt du 6 juin 1883 (D. 85.2.75) : « Que l'achat
« d'une valeur mobilière est pour la femme un acte
« de disposition et d'aliénation de ses capitaux. » Il semblerait alors que tout fût nul ; mais non la Cour ajoute : « Qu'abstraction faite même des pouvoirs
« d'aliéner, le droit d'administrer implique pour la
« femme le pouvoir de placer ses capitaux et d'en
« faire l'emploi qu'elle croit le meilleur ; que lorsqu'elle
« traite avec *ses capitaux actuels, dans les limites de*
« *ses ressources présentes*, et achète au comptant sans
« contracter aucun engagement pour l'avenir, elle fait

« un acte valable; que cela est vrai surtout au regard
« des tiers qui traitent avec une femme qui se pré-
« sente avec l'argent à la main pour faire un emploi
« que la loi lui ordonne de faire. »

En parlant de *capitaux actuels*, de *ressources présentes*, il n'est pas bien sûr que les rédacteurs de l'arrêt n'aient pas songé surtout aux sommes que la femme a entre les mains et provenant de revenus non dépensés : et c'est je crois surtout cela qui a dicté leur solution. Ils ont pensé en outre à la distinction entre l'acte d'administration qui n'engage que les ressources présentes et l'acte de disposition qui engage l'avenir, aussi ont-ils valide l'achat ferme qui n'entraîne aliénation d'aucune valeur, qui n'est que l'emploi de sommes liquides et inutilisées, et ont-ils repoussé l'achat à crédit, comme acte dangereux.

D'autres tribunaux ont décidé que la femme séparée ne pouvait valablement souscrire des actions d'une société anonyme : Tribunal de commerce de la Seine, 28 septembre 1887 (*Journ. Trib. de Com.*, 1889, p. 75); Paris, 4 novembre 1887 (*id.*, 88, p. 378).

La jurisprudence est donc assez peu favorable à la capacité de la femme séparée de biens en matière de placements. Peut-être changera-t-elle sous l'influence de la loi qui vient d'être promulguée relative au salaire de la femme mariée sous tous les régimes et à sa capacité vis-à-vis de ses biens résér-

vés. L'article 1^{er} alinéa 2 de cette loi lui reconnaît en effet le droit de placer ses biens acquis en valeurs mobilières et immobilières ; l'alinéa 3 lui permet de les aliéner à titre onéreux. Or l'alinéa 1^{er} a déclaré applicable l'article 1449 du Code civil. De cet ensemble de dispositions résultera peut-être aussi un changement de jurisprudence relativement à la capacité de la femme séparée de biens, cette loi nouvelle pouvant en même temps être considérée comme une sorte d'interprétation législative de nos textes sur la séparation de biens.

CHAPITRE V

DES ACTIONS

Nous serons très bref sur cette question qui soulève peu de difficultés : l'article 215 en effet déclare que : *la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens*. Il y a une différence avec l'ancien article 223 de la coutume de Paris qui permettait, comme nous l'avons vu, aux femmes séparées d'ester en justice sans autorisation. Mais il n'est pas étonnant qu'on en soit venu à la solution restrictive du Code civil puisqu'au XVIII^e siècle on avait déjà resserré dans les plus étroites limites le droit reconnu à la femme d'ester en justice. Pothier ne le lui reconnaissait que pour les actes de son administration (1). Aujourd'hui il n'en est plus de même : la femme séparée ne peut plus plaider sans autorisation, même si le procès où

1. POTHIER. *Traité de la puissance du mari*, n° 61.

elle figure, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, a sa source dans un acte d'administration valablement passé par elle : Cassation civile, 13 novembre 1844 (S. 45.1.45; D. 45.1.33) (1).

Le système du Code civil est critiquable : une femme séparée peut donner à bail un de ses immeubles et elle ne peut poursuivre le locataire qui ne la paye pas. C'est incompréhensible. Il y a cependant des exceptions. Ainsi s'agit-il d'actes extrajudiciaires : commandement, sommation, certaines saisies ; ce sont actes qu'elle peut faire (2).

Pourrait-elle citer son adversaire en conciliation devant le juge de paix ?

La question est discutable : sans doute ce n'est pas encore l'instance qui est engagée, c'est un préliminaire de l'instance. Cependant il s'agit de comparaître devant un juge qui entend les parties, prend part à leur débat, essaie de les concilier en indiquant telles et telles concessions à faire ; il n'y a sans doute pas juridiction contentieuse ; il y a juridiction gracieuse, et du moment où il y a juridiction, la formule de l'article 215 semble bien assez large pour refuser à la femme la capacité de prendre part au

1. LECOURTOIS ET SURVILLE. *C. de M.*, III, n° 1507. PLANIOL, *Dr. civ.*, t. III, n° 265. AUBRY et RAU, t. V, § 516, note 81. LAURENT, t. XXII, n° 322.

2. LECOURTOIS ET SURVILLE. *C. de M.* 1507 HUC. *Dr. civ.*, IX, n° 278.

préliminaire de conciliation (1). Dans tous les cas si l'on accepte l'opinion contraire, il faut avec M. Planiol distinguer suivant que la femme a ou non capacité de s'obliger ou d'aliéner, suivant qu'il s'agit par conséquent d'un acte d'administration ou non : car la conciliation aboutit forcément ou à une transaction, ou à un désistement ou à l'instance (2).

C'est une question de savoir si la femme mariée peut transiger. La transaction emporte en général aliénation, renonciation à bon droit. Dès lors il est certain que la femme ne peut transiger sur ses droits immobiliers, mais certains auteurs lui permettent de transiger sur ses droits mobiliers, tels est l'avis de M. Guillouard (3). M. Labbé avait attaqué cette solution. « Nous craignons, disait-il, que ce ne soit assimiler à tort un acte d'administration et un acte de « bonne administration, expressions qui se ressemblent par la forme, mais qui diffèrent beaucoup « par le sens. Nous doutons qu'un acte doive être « caractérisé, non parce qu'il est toujours, mais « parce qu'il peut être. » Néanmoins l'auteur a persisté dans son opinion qu'il a cru devoir appuyer de ces nouveaux arguments : « La transaction est un « acte complexe dans lequel on peut voir soit une

1. V. GLASSON. *Pr. Civ.*, t. I, p. 204. Cet auteur estimait qu'il fallait à la femme l'autorisation du mari.

2. PLANIOL. *Dr. Civ.*, t. III, n° 265 — 3°.

3. GUILLOUARD. *C. de M.*, t. IV, n° 1208.

« aliénation, soit un acte déclaratif, suivant que l'on
« y trouve l'abdication d'un droit préexistant, ou la
« reconnaissance d'un droit antérieur, sur la portée
« duquel les parties n'étaient pas fixées. Or, c'est ce
« dernier caractère, qui, à notre avis, doit prévaloir :
« la transaction n'est en soi qu'un acte déclaratif et
« les parties y reconnaissent un droit antérieur, sur
« l'existence ou la portée duquel un procès était né
« ou allait naître; il n'y a pas abandon de droit dans
« la transaction pas plus que dans le jugement. »

La question n'a pas été prévue directement par la loi et elle est également controversée en ce qui concerne le mineur émancipé. Pour ce dernier certains auteurs (1) se fondant sur un passage de l'exposé des motifs de Bigot du Préameneu lui permettent de transiger relativement à ses actes d'administration. Il semblerait dès lors qu'on puisse en dire autant de la femme mariée séparée de biens. Toutefois il semble plus conforme à l'idée de la loi de lui refuser cette capacité (art. 2045 et 467 combinés). La loi a regardé la transaction comme un acte dangereux : elle a créé des formalités compliquées pour le cas où un tuteur de mineur ou d'interdit voudrait transiger. Ce sont là en apparence des signes suffisants pour montrer quelle a été la volonté des législateurs. Cependant bien des auteurs admettent que la transaction sur

1. PLANIOL, *Dr. civ.*, t. I, n° 2.545.

ses droits mobiliers est un acte valable de la part d'une femme séparée de biens (1).

Incapable de transiger, la femme ne peut pas non plus se désister seule d'une action qu'elle aurait été autorisée à intenter, car le désistement emporte souvent renonciation à un droit; c'est donc une aliénation. Mais lorsqu'elle a été autorisée à plaider, qu'un jugement a été rendu, peut-elle signifier sans réserves, de manière à se priver de son appel? Oui, a répondu la Chambre des Requêtes, pourvu que le jugement ne lui préjudicie pas (Req., 16 mai 1884. S. 85.1.61).

En matière d'ordre judiciaire la femme ne saurait être admise à produire sans l'autorisation du mari; il s'agit d'ester en justice; les parties comparaissent avec leurs titres devant un juge et il y a un véritable débat; de plus des contestations surgissant les créanciers sont renvoyés devant le tribunal entier qui videra le débat, et l'on doit donner cette solution non seulement pour l'ordre judiciaire qui est un véritable débat, mais aussi pour l'ordre amiable qui est une sorte de tentative de conciliation préalable et où le ministère des avoués n'est pas obligatoire(2). Néanmoins la jurisprudence autorise la femme sépa-

1. En ce sens : AUBRY ET RAU, *Dr. civ.*, tome V, § 516, n° 57. DEMOLOMBE, *Dr. civ.*, tome IV, n° 159. LAURENT, *Dr. civ.*, t. XXII, n° 306. GUILLOUARD, *C. de M.*, t. III, n° 1.208.

2. GLASSON, *Pr. civ.*, t. II, p. 470.

rée de biens à produire seule pour le montant de ses reprises lorsque l'ordre est ouvert sur le prix d'un propre du mari (Toulouse, 29 novembre 1877, S. 78.2.57; Requêtes, 6 mars 1878; S. 78.1.324).

Appendice sur la femme dotale séparée de biens.

Nous avons étudié dans son ensemble la capacité d'une femme séparée de biens telle qu'elle résulte en général de l'adoption initiale du régime contractuel de séparation de biens ou de la prononciation de la séparation judiciaire au cours de la communauté (1). Nous avons pu constater que la capacité de la femme séparée est bien restreinte; elle peut cependant l'être encore davantage. La séparation de biens judiciaire, en effet, peut intervenir également au cours de tous les régimes matrimoniaux, et notamment au cours du régime dotal. Intervenant dans de telles conditions la séparation présente alors une particularité remarquable : elle ne détruit pas le régime ; les conséquences de la dotalité subsistent ; ce sont ces conséquences que nous voulons énumérer avant de terminer cette troisième partie, sans toutefois entrer dans les détails et les difficultés considérables que ce sujet soulève.

1. Ou encore telle qu'elle existe pour une femme dotale pour ses biens paraphernaux.

Le caractère principal de la séparation de biens sous le régime dotal se ressent encore de ses origines romaines ; la tradition veut en quelque sorte qu'il n'y ait là qu'une restitution anticipée de la dot : la dot est restituée, mais elle doit rester entre les mains de la femme ce qu'elle était aux mains du mari. Le régime dotal emporte en effet : 1° administration et jouissance du mari sur les biens dotaux ; 2° inaliénabilité de ces biens. Or la séparation de biens met fin au pouvoir de jouissance et d'administration du mari ; elle ne met pas fin à l'inaliénabilité. Pourquoi en effet la femme avait-elle adopté le régime dotal au lieu du régime de communauté ? C'est qu'en adoptant le régime dotal elle s'interdisait d'accéder à une aliénation opérée par le mari ; non seulement elle voulait se prémunir contre la dissipation du mari, mais encore contre sa propre faiblesse. Il ne faut pas que la prononciation de la séparation judiciaire l'expose à cette faiblesse qu'elle avait redoutée et qu'elle soit entraînée à aliéner pour le profit du mari peut-être. Aussi la dotalité subsiste (Paris, 9 novembre 1897. D. 98.2.464), même vis-à-vis des créanciers (Civ. rejet, 19 octobre 1903. D. 1904.1.19).

Il y a plus : dans la théorie de la jurisprudence la dot mobilière, aliénable entre les mains du mari, devient inaliénable après la séparation de biens entre les mains de la femme. Cette distinction avait déjà été indiquée en 1843 par le procureur général Delan-

gle : « Mais, disait-il, si l'inaliénabilité de la dot
« mobilière, au regard du mari, n'est qu'un vain mot,
« cette inaliénabilité existe dans toute son énergie
« au regard de la femme. Oui, c'est à l'égard de la
« femme seule que la dot est véritablement inalié-
« nable : elle doit la conserver intacte. Tous ses droits
« pour conserver sa dot doivent être saufs ; tout ce
« qu'elle fait pour y porter atteinte ou la diminuer
« d'une manière quelconque est affecté de nullité.
« Si les tiers ont traité avec elle, même concurrem-
« ment avec son mari, tout ce qu'ils ont fait est sans
« force. La femme a une action contre eux pour les
« contraindre à restituer ce qu'elle a indûment
« aliéné. » (D., 46.1.296). Ce n'était qu'une opinion
doctrinale, mais elle devait servir de base à la théo-
rie de la jurisprudence ; aussi, le rapporteur M. Ba-
rafort, en 1879, n'a pas manqué de rappeler l'opinion
citée et il ajoutait : « Le 14 novembre 1846 vous avez
« jugé, Chambres réunies (D., 47.1.27), que la dot
« mobilière était inaliénable de la part de la femme
« séparée de biens, dans le cas surtout où elle a été
« constituée à charge d'emploi. Et votre Chambre
« civile avait jugé de même le 23 décembre 1839.
« (D., 40.1.5). » La Cour ne s'est pas déjugée ; c'est
la solution admise. Cass., 3 février 1879. (D., 79.1.246,
S., 79.1.353). Cass., 4 juillet 1881 (D., 82.1.194, S., 82.
1.212). « Attendu, dit l'arrêt de 1879, qu'en thèse
« générale, la dot mobilière est inaliénable, en ce

« sens seulement, que la femme ne peut renoncer,
« soit à son recours contre le mari, soit à l'hypothèque
« que légale attachée à ce recours. Mais, qu'après la
« séparation de biens, la dot reste absolument inaliénable
« pour la femme qui en reprend la libre administration sans pouvoir s'obliger sur le capital
« tal dotal, ni l'aliéner. » Même décision, Paris, 20 novembre 1898 (D., 98.2.466).

Mais objectera-t-on, l'article 1561 décide qu'à partir de la séparation de biens les immeubles dotaux deviennent prescriptibles, pourquoi en est-il autrement de l'aliénation ? C'est que l'aliénation directe est plus dangereuse que celle qui résulte pour la femme d'une prescription accomplie au profit d'un tiers, qu'il y a toujours lieu de craindre sa faiblesse vis-à-vis du mari, « c'est aussi, dit Laurent, que la femme séparée a l'exercice des actions dotales ; rien ne l'empêche de sauvegarder ses intérêts (1). »

Sous le bénéfice des observations qui viennent d'être présentées, la séparation de biens intervenant au milieu du régime dotal se présente avec les mêmes apparences qu'ailleurs. L'article 1563 ne renvoie-t-il pas aux règles exposées au titre de la communauté ?

En conséquence la femme a le même pouvoir d'administration que celui que nous lui avons reconnu en général. Elle peut toucher ses revenus et les

1. LAURENT, t. XXIII, n° 555.

employer, prendre à bail des immeubles ou donner à bail les siens. Comme la femme séparée de biens elle ne peut disposer de ses biens immeubles, et même par un effet de l'inaliénabilité dotale, aucune de ses obligations ne peut être exécutoire sur ses biens dotaux.

En ce qui concerne ses meubles, non seulement elle ne peut pas plus les aliéner que la femme séparée de biens ordinaire, mais encore elle ne peut même pas les aliéner dans les limites de sa libre administration. « Quelques restrictions qu'on y apporte, dit « un auteur, cette incapacité s'oppose du moins à ce « que la femme puisse en rien compromettre ses « meubles dotaux, et notamment à ce qu'elle puisse « contracter des obligations qui s'exécuteraient sur « ses meubles. Or il est de principe que la séparation « de biens ne met pas fin à l'incapacité de la femme « dotale. Dès lors après sa séparation, si elle peut « reprendre l'administration de son mobilier, elle ne « devient pas pour cela capable d'en disposer, et « même dans le système de la jurisprudence son « incapacité s'aggrave, car, tandis qu'avant la sépa- « ration elle pouvait consentir à l'aliénation de ses « meubles, désormais elle ne peut en disposer ni di- « rectement ni indirectement (1). » Toutefois la Cour de Bordeaux avait admis que le propriétaire de l'im-

1. *Répert. SIREY*, 84.2, 217.

meuble loué par la femme pouvait exécuter les meubles dotaux. (Bordeaux, 30 mai 1881. S. 84.2.227) : cet arrêt semble avoir fait jurisprudence car la Cour de cassation vient de confirmer sa doctrine dans un arrêt de rejet du 19 octobre 1903 (D. 1904.1.319). C'est que peut-être une évolution lente est en train de se produire : la jurisprudence devient plus favorable aux créanciers de la femme.

Ceux-ci ont le droit de saisir les revenus des biens dotaux et encore ne peuvent-ils dans le système de la jurisprudence (au moins tel qu'il était avant les derniers arrêts) saisir que les revenus excédant ceux nécessaires aux besoins du ménage. (Cass., 26 février ; 1^{er} décembre 1834, D. 35.1.122 et 177 ; 6 janvier 1839, D. 40.1.133.)

La femme dotale séparée de biens étant incapable d'aliéner ne peut faire aucune renonciation : ni renoncer à son recours contre son mari (Cass., 13 janvier 1874. S. 74.1.166), ni renoncer à son hypothèque légale (Cass., 3 février 1879. S. 79. 1. 353), ni céder sa priorité de rang (Cass., 7 février 1843. S. 43.1. 282). Elle ne peut pas davantage faire de compromis ni de transaction.

Elle ne peut pas plus que la femme séparée de biens en général s'obliger : Cassation, 12 mars 1866 (D. 66.1. 178). « Attendu, dit la Cour, qu'en principe, « sous l'empire du régime dotal, hors des cas prévus « par la loi, la femme ne peut pas plus s'obliger sur

« sa dot mobilière que sur sa dot immobilière. » Mais il faut lui reconnaître la capacité de s'obliger dans la mesure de ses actes d'administration, sans quoi elle n'en pourrait faire aucun ; ces obligations toutefois ne seront exécutoires : 1° que sur l'excédent disponible des revenus de la dot ; 2° sur les biens paraphernaux de la femme dans la mesure où ses obligations seraient valables, si elle était femme simplement séparée.

La femme dotale séparée de biens est considérée comme capable de placer ses capitaux dotaux ou les sommes reçues en paiement de ses créances dotales. Elle peut donner décharge du capital reçu et en même temps mainlevée de l'inscription hypothécaire qui en assurait la restitution (Rouen, 13 janvier 1845. D. 45.4.107).

A cet égard il faut noter que la femme reste soumise aux dispositions de son contrat de mariage autorisant certaines aliénations à charge de emploi. La femme séparée ne pourra aliéner : 1° qu'à la condition d'obtenir l'autorisation maritale comme toute femme mariée ; 2° qu'à la condition d'opérer le emploi conformément aux stipulations de son contrat de mariage tout comme son mari (1). La jurisprudence est en ce sens : Cour de Nîmes, 12 juillet 1887. « Attendu que par le fait de la séparation de biens

*

1. LECOURTOIS ET SURVILLE, *C. de M.*, III, 1871. — *Contra* : LAURENT, *D. civ.*, XXIII, n° 558.

« l'administration du bien dotal passe des mains du
« mari à celles de la femme.... ; mais attendu qu'en
« passant aux mains de la femme V... l'administra-
« tion du bien dotal n'en demeurerait pas moins
« soumise aux conditions établies par le contrat de
« mariage. » (*J. du Pal.*, 1889, p. 383.) — Cour de
cassation, 18 décembre 1888 : « Attendu que la capa-
« cité de la femme dotale séparée de biens est, pour
« la réception de ses deniers dotaux, subordonnée
« à l'exécution des prescriptions insérées au pacte
« matrimonial, et qu'il appartient aux cours d'appel
« de rechercher la portée de ces conventions, si la
« femme s'y est conformée... » (*Journ. du Pal.*, 1889,
p. 383). — Cass., 2 décembre 1885 (S. 86.1.97).

En dehors des cas où le contrat de mariage stipule le emploi, la femme est-elle tenue de faire emploi des capitaux dotaux qu'elle peut avoir entre les mains ?

L'ancienne jurisprudence des parlements l'y obligeait. La jurisprudence de nos Cours après quelques hésitations a fini par décider que la femme ne peut être tenue de faire emploi quand son contrat de mariage ne l'y oblige pas (Cass., 21 mai 1867, D., 67.1.207, Req., 12 juin 1901, D., 02.1.53). Mais d'autre part certaines décisions ont imposé à la femme en lui accordant la séparation de biens, l'obligation de faire emploi des capitaux dotaux qu'elle recevrait et la Cour de cassation a jugé que ces décisions n'avaient

rien de contraire ni à la loi ni aux stipulations du régime matrimonial.

Quant au caractère des biens ainsi acquis en emploi ou en remploi, ils sont, suivant les cas, dotaux ou paraphernaux ; à cet égard la distinction suivante est admise : y avait-il pour la femme, de par son contrat de mariage, obligation de faire emploi des sommes par elle reçues, dans ce cas les biens ainsi acquis sont dotaux et comme tels inaliénables et insaisissables. Dans le cas contraire, si la femme n'était pas obligée à emploi et si elle a fait cette opération, les biens ainsi acquis seront paraphernaux, pourront être saisis comme tous les biens paraphernaux de la femme, mais sur le prix de vente cette dernière aura le droit de réclamer la restitution de la somme dotale qui avait servi à les acquérir ; on dit que la valeur dotale est incluse dans le bien paraphernal. Quant aux biens acquis avec les économies des revenus même de biens dotaux ils sont paraphernaux sans restriction aucune.

Telles sont les principales observations que l'on peut présenter à propos de la capacité de la femme dotale séparée de biens ; en ce qui concerne les actions en justice elle reste incapable ni plus ni moins que toute autre femme mariée en vertu de la théorie générale déjà rapportée.

QUATRIÈME PARTIE

CONCLUSION

Nous arrivons au terme de cette étude sur la capacité de la femme séparée de biens ; nous ne pouvons cependant pas nous arrêter avant d'avoir jeté un regard en arrière pour avoir en quelque sorte une vue d'ensemble et apprécier les résultats.

On a pu constater que ce régime était beaucoup plus favorable à la femme que le régime de communauté ; quoique dans l'histoire la séparation de biens ait pu apparaître aux yeux de certains jurisconsultes comme un dérivatif extrême du régime de communauté, il n'en est pas moins vrai qu'ils sont aux antipodes l'un de l'autre. Le régime de séparation de biens, tout en laissant la femme soumise à l'autorité maritale, lui accorde une capacité encore assez large. Elle a la libre administration de sa fortune parce qu'une femme peut, même en gérant des biens,

rester sous une dépendance suffisante vis-à-vis du mari, mais elle ne peut aliéner ces mêmes biens sans autorisation, parce que le législateur a estimé que ce serait lui accorder trop de liberté, ce serait porter atteinte à la puissance du mari comme chef du ménage. Rien de cela dans le régime de communauté : la femme est réduite à un rôle passif, elle n'administre rien ; elle n'acquiert rien, le mari est maître et seigneur, même des biens de sa femme ; si par exception on permet à cette dernière de s'obliger dans une faible mesure ce n'est que comme mandataire du mari et l'obligation n'est pas exécutoire sur ses biens propres. Et cependant le mari veut-il aliéner un immeuble de sa femme, c'est celle-ci, qui est incapable, qui consent à cette aliénation.

Sous un régime séparatiste la femme est sûre de ne pas voir ses revenus gaspillés par le mari : elle les touche, les emploie comme elle l'entend, les dépense ou les place ; le mari ne peut, en cas d'abus, que poursuivre la nomination d'un conseil judiciaire, si sa femme est prodigue. Sous le régime de communauté, c'est le mari qui administre et touche les revenus ; il en a la jouissance ; il les emploie comme bon lui semble ; s'il en reste, ils tombent dans la caisse commune, mais la femme ne peut pas en disposer sans demander l'autorisation de son mari. Mais, dira-t-on, ce dernier supporte toutes les charges du ménage, il doit pourvoir à l'entretien de

sa femme ; il est juste qu'il ait la jouissance des revenus de cette dernière. Soit ; cependant sous le régime de séparation de biens la femme contribue aux charges du ménage pour un tiers, pour davantage même suivant les cas.

Enfin les comptes seront beaucoup plus simples à la dissolution de l'union conjugale ; que l'un des époux meure, qu'ils divorcent, sous le régime de communauté il faudra entrer dans une procédure de liquidation fort longue, recourir à une licitation, toutes choses fort coûteuses ; avec la séparation de biens, point de ces complications, chacun reprend son actif et garde son passif. Cependant on peut objecter avec raison que même sous un régime de séparation de biens les choses ne sont pas toujours aussi claires : pour les immeubles, nulle difficulté ; pour les titres nominatifs, non plus, mais qu'en sera-t-il des nombreuses valeurs mobilières et de toute la fortune mobilière anonyme ? Comment prouver le droit de propriété ? Il faudra un inventaire ; et encore comment discerner les meubles acquis par l'un ou l'autre pendant le mariage. Invoquera-t-on l'article 2279 en décidant que le mari étant le chef de l'union conjugale et la femme étant domiciliée chez son mari tout ce qui se trouve à ce domicile doit être présumé la propriété du mari. La Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas là une présomption irréfragable (Cass., 22 mars 1882, *J. du P.*, 1882.1.593 ; S., 82.1.

241), car, comme le dit M. Lecourtois (*J. P.*, 1882, p. 593) « comment concilier, avec cette possession exclusive du mari, le droit de jouissance et d'administration non moins exclusif reconnu formellement par les textes à la femme sur tous les biens soumis au régime de séparation de biens ? »

Mais ce ne sont pas encore là de grosses difficultés, et en tous cas elles sont bien moindres que celles soulevées par le régime de communauté, si bien que l'on s'est souvent demandé si l'on ne devrait pas adopter le régime de séparation de biens comme régime légal. La question est encore brûlante, étant donné le progrès des idées féministes; que doit-on faire pour le nouveau Code civil? Faut-il abandonner l'antique régime de communauté pour le régime de séparation de biens ?

Il est certain qu'il y a en Europe un courant favorable aux idées séparatistes et l'on ne peut plus aujourd'hui comme autrefois prétendre que les pays adopteront un jour la communauté universelle.

Le Code civil allemand n'adopte certes pas un régime de séparation de biens comme régime légal : le régime d'union d'administration est quelque chose de spécial; mais ce code connaît aussi la séparation judiciaire (art. 1418 à 1420 C. civ. allemand) et enfin même sous le régime légal d'union d'administration il connaît une catégorie ou plutôt plusieurs catégories de biens soumis à un régime spécial, ce sont

les biens réservés pour lesquels il applique les règles du régime de séparation de biens.

Art. 1426. — *Lorsque conformément à l'article 1364 l'administration et la jouissance du mari n'ont pas lieu ou lorsqu'elles finissent en vertu des articles 1418 à 1420 il intervient une séparation de biens.*

Or les biens réservés forment en Allemagne des catégories importantes, ce sont :

1° Les effets à l'usage personnel de la femme, ses bijoux et instruments de travail (art. 1366) ;

2° Ce qu'elle acquiert par son travail ou par l'exercice d'une profession lucrative (art. 1367) ;

3° Ce qui est déclaré tel par contrat de mariage ; d'où il suit que le contrat peut également en Allemagne étendre la capacité de la femme mariée ;

4° Est encore bien réservé « *ce que la femme acquiert par succession, par legs à titre de réserve (acquisition à cause de mort) ou ce qui lui est donné gratuitement entre vifs par un tiers, lorsque le défunt par disposition de dernière volonté, ou le tiers par la donation, a disposé que l'acquisition serait bien réservé* » (art. 1369) ;

5° Est encore bien réservé ce que la femme acquiert en vertu d'un droit faisant partie de ses biens réservés ou au moyen d'un acte juridique se rapportant aux biens réservés. C'est là un cas de subrogation réelle, ces biens sont biens réservés par subrogation à un propre.

Telles sont les cinq catégories de biens réservés, biens pour lesquels la femme allemande a les mêmes pouvoirs qu'une femme séparée de biens, c'est-à-dire dont elle a l'administration et la jouissance. Au reste la capacité de la femme séparée de biens est assez mal définie dans ce code qui s'occupe surtout de la contribution aux charges du ménage. Sur ses biens réservés la femme n'y contribue que lorsque le mari ne trouve pas une contribution suffisante dans les revenus des apports de celle-ci (art. 1371).

Dans le projet du Code civil suisse (avant-projet, art. 252), tous les biens exclus de la communauté sont présumés biens réservés et soumis aux règles de la séparation de biens ; il en est ainsi également en Norvège et en Danemark.

En ce qui concerne les biens réservés légaux, nombreux sont les pays qui ont fait des lois : loi belge du 14 mars 1900 pour les vêtements et instruments de travail, ainsi que pour le salaire et les produits du travail ; loi genevoise du 7 novembre 1894 sur les produits du travail ; loi norvégienne : 29 juin 1888 ; loi suédoise : 11 décembre 1874 ; loi danoise : 7 mai 1880 ; loi finlandaise : 15 avril 1889. Toutes ces lois ont créé des biens qui échappent aux pouvoirs d'administration du mari ; la femme a sur eux les mêmes pouvoirs qu'une femme séparée de biens. L'article 1^{er} de la loi genevoise du 7 novembre 1894 déclare que « la femme mariée aura sur le produit

de son travail personnel pendant le mariage et sur les acquisitions provenant de ses gains, les mêmes droits que la femme séparée de biens. Ces droits ne s'étendront pas aux bénéfices résultant d'une activité exercée en commun par les deux époux. » Et l'article 31 de la loi norvégienne du 29 juin 1888 : « La femme a le droit, même lorsqu'il y a communauté et que par suite les produits de son industrie personnelle sont biens communs, de disposer exclusivement de ce qu'elle gagne par cette industrie, ainsi que de toutes acquisitions qui sont prouvées provenir de ses gains. » Et l'avant-projet du Code civil suisse dispose (art. 215) que « les biens réservés sont soumis aux règles de la séparation de biens, notamment pour ce qui concerne la participation aux charges du ménage ».

Ces lois, on le voit, ont créé une catégorie de biens dont l'existence permet à la femme de jouir d'une certaine capacité civile. Si tous ces pays n'ont pas, comme l'Angleterre, adopté un régime exclusivement séparatiste, au moins ont-ils étendu la capacité de la femme mariée.

∴

En France jusqu'à nos jours rien n'avait été fait pour soustraire la femme à la toute-puissance du mari. Certes l'adoption d'un régime légal séparatiste ne doit

pas être la solution du problème qui se pose en ce moment, les mœurs ne s'y prêtent pas. Le législateur doit, en effet, tenir compte dans ses réformes des traditions nationales, de ce courant d'idées qui se perpétuent de père en fils et qui font que l'on préfère telle chose à telle autre ; l'indication précise de ce courant en notre matière est dans ce fait que presque chaque fois que les époux font un contrat de mariage, ils adoptent le régime de communauté sous l'une de ses formes.

D'ailleurs un régime de séparation de biens absolue est-il bien conforme à la volonté présumée des époux ? N'ont-ils pas entendu tout mettre en commun : vie et biens ? Il est vrai que cette présomption est aujourd'hui combattue. En tous cas si les époux n'ont pas la volonté de mettre en commun tout ce qu'ils avaient avant le mariage, au moins ont-ils la pensée de partager les bénéfices, les produits de leur commune activité ; à ce point de vue, le régime de communauté réduite aux acquêts semblerait devoir être satisfaisant. Cependant ce régime a encore un tort qui est justement la mise en commun des produits du travail parce que le mari a le droit de disposition ; or dans les familles pauvres où la seule richesse est le salaire de l'homme et de la femme cette mise en commun est bien dure ; la femme va travailler toute une semaine sans un moment de repos et au bout de cette semaine le mari, usant de

son droit de maître, pourra emporter ce petit pécule si péniblement gagné, le gaspiller sans rien laisser à sa femme, sans que celle-ci, comme elle le voudrait parfois, puisse en distraire un centime pour les mauvais jours,

Une timide réforme avait été tentée par la loi du 9 avril 1881 sur les Caisses d'épargne postales dans son article 6, réforme que la loi du 20 juillet 1895 a généralisée (art. 16 al. 4). Ces lois ont autorisé les femmes mariées à se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne sans l'autorisation de leurs maris et non seulement elles peuvent faire des versements, mais elles peuvent opérer des retraits, jusqu'à ce que le mari ait fait opposition au moyen d'un acte d'huissier notifié à la Caisse. Cette loi n'anéantissait pas pour cela l'autorité maritale puisqu'en cas d'opposition de la part du mari, la Caisse envoyait une lettre recommandée à la femme et un délai d'un mois courait pendant lequel elle devait rapporter la mainlevée de l'opposition ; passé ce délai, si son régime matrimonial l'y autorisait, le mari pouvait toucher seul le montant du livret. Néanmoins il est certain que bien souvent la femme a pu se faire ouvrir un compte à l'insu du mari et s'est ainsi constitué une sorte de caisse noire.

Mais on le voit cette réforme n'était pas bien hardie, puisque du jour où le mari a connaissance de l'existence du livret, il lui est assez facile de s'en

emparer. Il fallait à l'instar des lois étrangères créer une catégorie de biens pour lesquels la femme aurait le droit de se substituer pour l'administration au mari, ainsi qu'il en est en Danemark, en Norvège, ou bien pour lesquels elle aurait la même capacité qu'une femme séparée de biens comme en Allemagne, comme dans l'avant-projet de Code civil suisse. La réforme était urgente particulièrement pour les salaires de la femme ouvrière.

Un premier projet avait été voté par la Chambre des députés : il résultait de la fusion de deux projets successifs de MM. Goirand et Jordan ; les deux articles votés le 27 février 1896 étaient ainsi conçus :
Article premier — « Quel que soit le régime adopté
« par les époux, la femme a le droit de recevoir sans
« le concours de son mari les sommes provenant de
« son travail personnel et d'en disposer librement. La
« présente disposition n'est pas applicable aux gains
« résultant d'un travail commun aux deux époux. »
Art. 2. — « En cas d'abandon par le mari du domi-
« cile conjugal, la femme peut obtenir du juge de paix
« l'autorisation de faire saisir-arrêter et de toucher
« des salaires et des émoluments du mari une part
« en proportion de ses besoins et du nombre de ses
« enfants. Le même droit appartient au mari en cas
« d'existence d'enfant, si la femme ne subvient pas
« spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux
« charges du ménage. »

Cette proposition transmise au Sénat ne fut jamais discutée. La loi projetée n'adoptait pas le régime de séparation de biens, c'était une solution éclectique, laissant subsister tous les effets de la communauté, notamment en ce qui concerne les acquisitions de la femme. C'est alors que les partisans de la réforme entamèrent une véritable campagne et que beaucoup d'entre eux demandèrent que la nouvelle loi établît une séparation complète entre les gains et salaires de la femme et les autres biens du ménage. Cette théorie séparatiste était énergiquement défendue par M. Saleilles dans le *Bulletin de la Société d'Études Législatives*. Seulement cette séparation absolue d'intérêts avait un inconvénient sous le régime de communauté : on proposa de faire retomber ces biens en communauté à la dissolution du mariage, mais en même temps on demanda que la femme pût les garder comme biens propres en renonçant : c'était la théorie de l'article 4 de la loi genevoise ainsi conçu : « A la dissolution du mariage le mari ou ses héritiers pourront exiger que les biens personnels de la femme, acquis conformément à l'article 1^{er} de la présente loi soient rapportés à la communauté. Si la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté, ils ne seront pas soumis à cette obligation. » Cette disposition était sage et humaine : quand la femme renonce, c'est que la communauté est mauvaise ; il serait bien dur de forcer cette femme à

remettre son petit pécule aux créanciers du mari.

Enfin une autre question embarrassait les auteurs : fallait-il réserver le bénéfice de la loi aux seules ouvrières, ou l'étendre à toutes les femmes qui travaillent et particulièrement aux commerçantes ? Voilà une femme qui dirige un commerce, mais c'est le mari qui a fourni les capitaux pour l'achalandage du fonds, quel caractère auront les bénéfices commerciaux ? Comment distinguer la part du mari et celle de la femme ? On a répondu que cette distinction était encore possible ; est-ce que tous les jours on ne voit pas des tiers mettre de l'argent dans tel fonds de commerce qu'ils ne dirigent pas et toucher une partie des bénéfices ? Le mari sera un tiers ; si les preuves sont plus difficiles pour établir la consistance de l'actif fourni par lui, ce n'est pas une raison pour exclure de la réforme les femmes commerçantes.

On craignait aussi que ce système ne servît à tromper les tiers, que la femme ne détournât les capitaux communs pour son propre compte. Là encore il ne s'agissait que d'une question de preuve. La loi nouvelle, disait-on, n'aura qu'à établir une présomption de propriété au profit de la communauté, mais en réservant à la femme la faculté de combattre cette présomption, d'établir par tous moyens de preuve son droit sur les biens que le mari ou les créanciers de la communauté pourraient revendiquer.

Admettant ainsi une séparation d'intérêts entre les

époux, il fallait donner à la femme des pouvoirs de femme séparée de biens, lui permettre d'aliéner à titre onéreux ses gains et produits de son travail, de les placer, mais aussi de s'obliger et permettre à ses créanciers de saisir ce pécule ainsi composé.

C'est de ce courant d'idées et de diverses propositions qu'est né le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat par M. le sénateur Gourju le 26 juin 1906 (1), adopté dernièrement par les deux Chambres et devenu la loi du 13 juillet 1907, « relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage ».

L'exposé des motifs de ce projet constate que la France était en retard sur les autres nations: le Code est fait pour les femmes qui possèdent ; la femme salariée était absolument abandonnée parce qu'elle ne faisait pas de contrat ; on ne fait pas un contrat pour ne rien y mettre ; en faire un pour prendre telles ou telles mesures contre le mari pour l'avenir semble non seulement superflu, mais injurieux à l'égard de celui-ci. Il fallait donc, ou réformer le régime légal, ou bien protéger les produits du travail. Or, il n'y a pas lieu d'adopter un régime légal séparatiste : « Il n'est pas conforme à la vraie notion « du mariage union des personnes et des biens, dit

1. *Journal officiel*, juin 1906. *Documents parlementaires*, Sénat. Annexe 304, p. 740.

« le rapporteur, ni surtout à notre état d'esprit nation-
« nal et à nos préférences nettement manifestées par
« l'adoption dans la plupart des contrats de la com-
« munauté comme régime conventionnel, de substi-
« tuer au régime légal de communauté un régime
« légal de séparation de biens totale ou partielle. »

Les règles du régime légal resteront donc sauves, même en ce qui concerne la propriété des biens, mais la femme aura le droit d'administration et de jouissance; le projet estime qu'il faut lui donner les plus larges pouvoirs d'aliéner à titre onéreux comme aussi de pouvoir s'obliger sur ses biens.

L'article 1^{er} de la loi consacre la thèse préconisée dans ces dernières années en accordant à la femme sur les produits de son travail et les économies en provenant les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. De plus la réforme n'est pas restreinte au seul salaire de la femme; elle est applicable à tout ce que la femme acquiert par son travail. Par conséquent tout ce que nous avons dit sur les pouvoirs d'administration de la femme séparée trouverait sa place ici-même. Mais la loi a condamné implicitement les théories généralement reçues par la doctrine et la jurisprudence quant à l'étendue de ces pouvoirs d'administration de la femme mariée séparée de biens.

La femme peut faire des acquisitions de meubles

ou d'immeubles avec les produits de son travail : cela est incontestable ; c'est la solution admise pour le placement des économies ; la question n'est controversée que pour l'emploi des capitaux. Mais voilà qui est neuf : « Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis. » Ainsi pas de controverse sur la question de savoir si elle peut aliéner son mobilier : la loi est formelle. Elle va même plus loin que le Code civil puisqu'elle permet d'aliéner tous les biens réservés et même ceux placés en valeurs immobilières, cela résulte certainement de la combinaison des alinéas 2 et 3 de l'article 1^{er}. La femme est donc consacrée capable d'aliéner les biens qu'elle a acquis : cette loi était faite pour permettre à la femme de s'enrichir par son travail, il lui fallait une capacité entière. La femme pourra donc d'abord comme salariée économiser un petit pécule sur son salaire, puis placer ce pécule en meubles, en terres, etc. ; si plus tard elle a besoin de fonds pour entreprendre un commerce, une industrie à son compte, elle n'aura qu'à vendre ces biens acquis pour réaliser le capital nécessaire, et cela sans intervention du mari. Une restriction toutefois à cette pleine capacité : la femme peut bien aliéner à titre onéreux sans l'autorisation du mari ; elle ne peut pas faire d'actes à titre gratuit. Le Code civil et l'article 903 reprennent toute leur force en ce qui concerne la donation. On considère, en effet, qu'il n'est

pas bien honnête qu'une femme mariée puisse faire des donations hors la présence de son mari.

L'alinéa 4 de l'article 1^{er} résout la question de validité de ces actes, car pour que la femme puisse ainsi aliéner, acquérir, s'obliger, encore faut-il qu'elle ait des biens réservés, qu'elle exerce une profession. Il suffira pour que les tiers soient à couvert que la femme présente un acte de notoriété dans lequel il sera dit qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari et l'alinéa ajoute que la preuve pourra résulter de tout autre moyen mentionné dans la convention.

L'alinéa 5 exclut avec raison de ce régime les gains résultant du travail commun des deux époux.

L'article 2 donne au mari le moyen de remédier à l'abus que pourrait faire de sa capacité une femme dépensière : le Tribunal saisi par le mari statue en Chambre du conseil. Dans les cas d'urgence le mari peut faire opposition aux actes de sa femme en s'adressant au Président des Référés.

L'article 3 traite la question de poursuite. Les créanciers personnels de la femme peuvent saisir ses biens réservés, ce qui emporte pour elle capacité de s'obliger. Mais ils n'excluent pas les créanciers de la communauté ; ceux du mari qui ont traité avec ce dernier dans l'intérêt du ménage peuvent saisir les biens réservés quand le régime matrimonial leur en aurait donné le droit avant cette loi. La preuve que

la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage incombe alors au créancier.

Quant au mari il est dégagé de toute responsabilité quant aux engagements pris par la femme dans les limites de la nouvelle loi ; ses biens personnels et ceux de la communauté seront à l'abri des poursuites des créanciers de l'épouse, ces derniers n'ayant pour gage que ce qu'ils pourront saisir de biens réservés.

L'article 4 a pour but de prévenir les contestations qui ne manqueront pas de s'élever sur la consistance et la provenance des biens réservés. La femme est admise à faire la preuve *erga omnes* par tous les moyens de droit, sauf par commune renommée. Mais quand même il s'agirait d'une valeur de plus de 150 francs elle n'est pas tenue de fournir un écrit : elle peut utiliser le témoignage, l'aveu, le serment, les présomptions.

L'article 5 est une concession aux adversaires de la séparation de biens : il décide qu'en cas de communauté ou de société d'acquêts les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun. Ainsi le mari, ou ses héritiers, en aura sa part, tout comme la femme. Toutefois pour le cas où la communauté est mauvaise et où la femme y renonce, on n'a pas voulu faire une injustice ; celle-ci garde ses biens réservés qui sont et demeurent francs et quittes de toutes autres dettes que celles mentionnées à l'arti-

le 3 : dettes de la femme et du ménage. Dans les acc où il n'y a ni communauté ni société d'acquêts, les biens réservés sont biens propres.

L'article 6 est une extension des pouvoirs de la femme comme jamais on ne l'avait vu, puisqu'il lui permet d'ester en justice, alors que le Code sous tous les régimes le lui défendait. « La loi est même très large : « La femme pourra ester en justice, sans auto-
« risation, dans toutes les contestations relatives aux
« droits qui lui sont reconnus par la présente loi. » Ainsi la femme pourra ester en justice soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, intenter une action mobilière ou une action immobilière ; du moment qu'il s'agira de défendre un des droits compris dans ses biens réservés, elle aura pleine capacité. Remarquons d'ailleurs qu'il pourra se faire que le créancier qui la poursuive en justice et obtienne gain de cause, ne puisse pas se faire désintéresser complètement, même en faisant réaliser les biens réservés parce que le principal et les frais seront plus élevés que la valeur desdits biens ; le mari n'en sera pas moins à l'abri en vertu de l'alinéa 3 de l'article 3. En tous cas l'avoué qui occupera pour la femme fera sagement de se faire verser une provision pour les frais de l'instance, car si la femme devenait insolvable ou perdait ses biens réservés, il n'aurait aucun recours.

Du moment que la femme a la capacité de s'obli-

ger, d'aliéner ses biens réservés et d'ester en justice, il faut lui reconnaître ici des droits que nous lui avons refusés sous le régime de séparation de biens tel qu'il était dans le Code civil. Elle pourra en conséquence faire un compromis et remettre à des arbitres le soin de solutionner les procès existant entre elle et les tiers. Elle pourra également transiger même en renonçant à une partie de ses droits. Enfin elle pourra acquiescer à un jugement même qui lui est défavorable pourvu que ce ne soit pas dans un but de libéralité.

Les articles 7 à 10 règlent une question très utile : quand l'un des deux époux travaille et refuse de subvenir aux besoins du ménage, l'autre époux pourra désormais avec permission du juge de paix obtenir le droit de faire saisir-arrêter une partie du salaire de l'époux récalcitrant.

L'article 10 déclare les jugements rendus en vertu des articles 2 et 7 de la présente loi exécutoires par provision et sans caution.

L'article 11 dit que la loi sera rétroactive et applicable aux femmes mariées antérieurement à sa promulgation.

Il est évident qu'il y a là un progrès considérable. Quels seront les effets de la loi, on ne peut encore le prévoir ; la question est trop nouvelle en France pour que l'on puisse émettre une opinion à ce sujet. En Suisse, paraît-il, des lois semblables n'ont pas

donné de résultats brillants. Les tiers craignent de traiter avec la femme parce que la plupart du temps ils sont mal renseignés sur la consistance des biens réservés ; chez nous il pourra bien en être de même. Lorsqu'il s'agit de femmes n'ayant que des valeurs mobilières, on craint toujours leur disparition ; quand il s'agit de biens immobiliers notre système foncier est encore trop imparfait pour renseigner suffisamment les tiers. Quant au salaire, la femme aura le droit d'en disposer librement ; l'ouvrière le touchait déjà dans la pratique ; désormais le mari sera sans droit de venir le toucher lui-même. Mais une fois les deux époux rentrés au logis, aucune loi ne l'empêchera de prendre ce même salaire dans la poche de la femme et de l'utiliser pour s'enivrer. Ce sont là des mœurs presque naturelles dans certaines classes : législateurs et littérateurs auront beau faire et beau dire, rien ne les changera.

Malgré tout, il y a un précédent, une extension de capacité de la femme mariée ; les littérateurs réclament maintenant l'achèvement de la réforme par la reconnaissance de sa pleine capacité ; nous avons déjà dit pourquoi nous pensions que cela était impossible.

Il y a toutefois aujourd'hui une réforme qui semble impérieusement exigée, c'est en notre matière, la reconnaissance de la pleine capacité civile de la femme séparée de biens, comme le voulait le projet déposé au Sénat le 12 juin 1884 et qui est devenu la

loi sur la capacité de la femme séparée de corps. On s'explique mal en effet cette bizarrerie de la loi qui consiste, d'une part, à déclarer le mari incapable de gérer la fortune de sa femme et, d'autre part, à lui en laisser la haute direction. Depuis le vote de cette loi sur les salaires de la femme, la réforme s'impose, car on a désormais pour la femme séparée de biens et salariée un régime mixte ; pour ses biens propres elle n'a qu'une demi-capacité, celle qui a fait l'objet de cette étude ; pour les biens qu'elle peut acquérir par son salaire, elle jouit d'une capacité entière. C'est un véritable piège pour les tiers et c'est pour l'administration de la femme un régime d'incohérence auquel il est temps de mettre fin. La femme séparée de biens devra donc aujourd'hui avoir pleine capacité d'administrer, de s'obliger, d'aliéner ses biens et d'ester en justice sans aucune autorisation. On peut maintenir l'incapacité de donner parce que la séparation de biens ne doit pas avoir pour but de faciliter à la femme la dissipation de ses biens et qu'il n'est pas bien convenable qu'une femme puisse faire des donations à l'insu du mari. Ce dernier sera encore chef du ménage : ce sera lui qui pourra engager les dépenses ménagères ; la femme, comme par le passé, devra y contribuer pour sa part et portion, tout en lui réservant le droit, si les sommes provenant de sa contribution sont détournées et gaspillées par le mari, de pouvoir payer directement les créanciers

du ménage ainsi qu'il est dit dans l'article 1428 du Code civil allemand.

En conclusion : si la réforme de nos régimes matrimoniaux doit se faire ; s'il n'est pas encore conforme à nos mœurs d'adopter un régime légal de séparation de biens, du moins peut-on dès aujourd'hui accorder à la femme séparée la pleine capacité civile tout comme à la femme séparée de corps ; il n'y aura plus alors de difficultés ; les tiers pourront traiter avec elle en toute sécurité et l'on ne verra plus dans nos Codes cette fâcheuse contradiction de nos lois qui, d'une part, considèrent que le mari peut être assez incapable pour ne pas pouvoir continuer la gestion de la fortune de son épouse, et, d'autre part, lui laissent quand même la haute direction sur celle-ci.

Vu : le Président de la thèse
PIÉDELIÈVRE

Vu : le Doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
 PREMIÈRE PARTIE. — LE DROIT ROMAIN.	 21
<i>L'ancien droit.</i>	<i>22</i>
<i>Le droit classique et du Bas-Empire</i>	<i>23</i>
<i>Les paraphernaux</i>	<i>24</i>
<i>Mesures de protection</i>	<i>33</i>
 DEUXIÈME PARTIE. — L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS	 49
Chapitre I. — Formation du régime de séparation de	
biens	51
§ I. — <i>Le droit coutumier</i>	51
§ II. — <i>Le droit écrit.</i>	77
 Chapitre II. — La capacité de la femme séparée de	
biens au XVIII ^e siècle.	83
§ I. — <i>Les actes d'administration.</i>	86
§ II. — <i>Obligations et contrats.</i>	92
§ III. — <i>Aliénations</i>	102
§ IV. — <i>Exceptions apportées à ces règles par les</i>	
<i>contrats ou la coutume</i>	109
§ V. — <i>Des actions</i>	116

